

## 近年の人権判例(3)

著者名(日)	安藤 高行
雑誌名	九州国際大学法学論集
巻	15
号	2
ページ	15-71
発行年	2008-12
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1265/00000031/">http://id.nii.ac.jp/1265/00000031/</a>

# 近年の人権判例(3)

安 藤 高 行

## Ⅲ 思想・良心の自由関係判例

### Ⅲ－１ 君が代訴訟

はじめに

近年卒業式や入学式等の儀式的な学校行事（以下単に「学校行事」という）における君が代の斉唱やその前段階としての国旗に向かっての起立（以下両者を合せて単に「君が代（の）斉唱」という場合もある）、あるいは君が代斉唱に際してのピアノ伴奏をめぐる紛争が顕著であるが、学校行事に際しての君が代の斉唱をめぐる争いは以前から争いがあり、現在までにいくつかの判例がみられる。そのなかには、例えば京都君が代訴訟<sup>(1)</sup>のように、そもそも学校行事における君が代斉唱の実施に反対し、それを阻止するための運動の一環としてなされたケースもあるが、最近の訴えは、学校行事において教職員に国旗に向かって起立し、君が代を斉唱することや、その斉唱に際してピアノ伴奏をすることなどを命じる校長の職務命令に従わなかったとしてなされた懲戒処分や再雇用職員の採用選考の合格の取消しにつき、その取消しや地位の確認を求めるもの、あるいはこうした国旗に向かっての起立や君が代の斉唱、あるいはピアノ伴奏をする義務のないことの確認、およびこれらの義務違反を理由とする処分の事前差止めを求めたりするものなどが主である<sup>(2)</sup>。

学校行事において君が代を斉唱すること自体に反対することから、学校行事

における君が代の斉唱の実施率が高まるに伴い、そうした斉唱への非協力を理由とする懲戒処分やその他の不利益処分の救済や予防へと、訴えの内容や意義が変質しているわけであるが、いずれの場合でも、学校行事における君が代の斉唱の実施と強制が憲法19条（以下単に「19条」という）の保障する思想、良心の自由を侵害するとの違憲論が、原告の主張の柱をなしている。とくに最近の訴えの場合は、かつてのそれが、上述のように、学校行事における君が代の斉唱の実施そのものを争い、未だ個々の教職員への参加や協力の強制を争うものではなかったため、19条違反の主張も比較的一般的な形で展開されたのに比べ、個々の教職員に対して直接なされた君が代の斉唱やピアノ伴奏の命令の19条適合性を争うものであるだけに、19条違反の主張は個別具体的になっており、その分裁判所に否応なしに19条違反の有無の判断を迫るものになっている。

本節ではこうした最近の君が代をめぐる紛争の代表例であり、上にもその内容の一端を紹介した3事件の5判決、すなわち市立小学校の音楽専科の教諭が、入学式の君が代斉唱の際にピアノ伴奏をすることを内容とする校長の職務命令に従わなかったことを理由になされた戒告処分の取消しを求めたピアノ伴奏職務命令拒否戒告処分事件（以下「戒告処分事件」という）の最高裁判決までの3判決、都立学校の401名の教職員が学校行事の際に国旗に向かって起立し、君が代を斉唱する義務やピアノ伴奏をする義務のないことの確認、ならびにこれらの義務違反を理由とする処分の事前差止めなどを求めた君が代の斉唱・ピアノ伴奏義務不存在確認等訴訟（以下「確認等訴訟」という）1審判決、および都立学校の教諭等であった原告らが校長の職務命令に反して、卒業式における君が代斉唱の際に国旗に向かって起立せず、また斉唱しなかったことを理由に、再雇用職員の採用選考の合格を取り消されたことにつき、再雇用職員の地位の確認等を求めた再雇用職員採用選考合格取消事件（以下「合格取消事件」という）1審判決を検討することにする。

なお学校行事における君が代斉唱をめぐる紛争は、文部（科学）省や自治体

教育委員会による強い実施の指導に端を発するものであるが、そこにはいうまでもなく、そのことを求める政治勢力の圧力も絡んでいる。このことが事態をより深刻にし、また紛争の法的考察を複雑にしているが、こうした政治勢力の動向も対象としつつ、なお問題を憲法論的に正確に検討することは筆者には手に余る作業なので、ここではこうした問題の政治的側面には立入らず、また他の法的問題にも深くはふれずに、主として従来<sup>1)</sup>の19条をめぐる裁判例と比較しながら、上記の3つの紛争をみるというやり方で論述を進めることにする。そういう意味で本節には、君が代訴訟の一側面のみを扱うという限界があることを初めに断っておきたい。

## (1) 従来<sup>1)</sup>の19条に関する判決

19条をめぐるこれまでの事件で、本節で扱う3つの君が代訴訟と類似しているのは、謝罪広告請求事件、陳謝を内容とする労働委員会のポストノーティス命令事件（以下単に「ポストノーティス命令事件」という）、勤評長野方式事件の3つであろう。すなわちそこでも、裁判所、労働委員会、県教育長等による謝罪状の掲載、不当労働行為についての陳謝や反省を記した文書の掲示、自己観察の結果の勤務評定書への表示等の命令が、それを命じられた者の思想、良心の自由（筆者は19条をめぐる紛争例をみると、多くの場合、比較的明確に思想ないし信条の自由の侵害が争われているケースと、良心の自由の侵害が争われているケースに分けることができるから、本来、思想と良心を一体とせず、それぞれ、内心の作用のうちの論理的側面・部分と倫理的側面・部分をさすと区別した方が判例の理解や検討の便宜に適うと考えており、従来<sup>2)</sup>の判例の説明の際は原則として両者を区別してのべるが、君が代訴訟では原告はとくに両者を区別することはしていないので、その検討に際しては両者を区別せずに論述することにする）を侵害するか否かが問題とされており、君が代の斉唱やピアノ伴奏等を教職員に命じる職務命令の19条適合性が問題となっている本節の

対象の3事件と基本的な構図は似ているのである。

そこで先ず謝罪広告請求事件、ポストノータイス命令事件、勤評長野方式事件の各最高裁判決についての筆者の見方を簡単にのべ、次いでそれをいわば物差しにしながら、最近の3つの君が代訴訟をみることにしたい。

謝罪広告請求事件<sup>(3)</sup>は、周知のように、衆議院議員総選挙に立候補した上告人(被告・控訴人)が選挙運動中に同一選挙区から立候補した被上告人(原告・被控訴人)について、その県副知事在職中に県の発電所建設のための発電機購入に絡んで業者より周旋料をとる汚職をなした旨をラジオの政見放送や新聞紙上で公表したことが発端であった。被上告人がこうした上告人の行為を名誉毀損とし、新聞紙上への謝罪状の掲載と民放ラジオでの同文の放送を請求したところ、1審は被告は調査もせず、単なる風評を事実として公表し、原告の名誉を毀損したなどとして、謝罪状の放送の請求は認めなかったものの、新聞紙上へのその掲載の請求は認容し、被告に対し、「謝罪広告」のタイトルで、原告を宛先とする被告名の、「…右放送及び記事は真実に相違して居り、貴下の名誉を傷け御迷惑をおかけいたしました。ここに陳謝の意を表します」との文書の掲載を命じ、2審もそれを支持したのである。

そこで被告が上告したのであるが、19条違反をその上告理由の1つとし、最高裁判決も他の上告理由は簡単に退け、もっぱらこの謝罪広告掲載命令と19条との関わりの有無を論じ、しかもこれが19条に関する最高裁の初めての本格的判断であったため、謝罪広告請求事件は今日まで19条のリーディングケースとして扱われているのである。

謝罪広告掲載命令を19条違反とする上告人の主張は、「上告人は現在でも演説の内容は真実であり上告人の言論は国民の幸福のために為されたものとの確信を持っているのであって、かかる上告人に上告人の全然意図しない言説を上告人の名前で新聞に掲載せしむる如きは、上告人の良心の自由を侵害するものである。上告人にとってはある場合には自分の良心に反して『ここに陳謝の意を表します』等と自分の名で新聞に掲載することは10年20年の懲役刑に処せら

れるよりも堪えがたいことであるかも知らないのである。国民が良心から自分の是とする考え方を判決で以てその訂正を強制することは即ち憲法第19条の規定の趣旨に反するのである」とするものであった。

敷衍すれば、本件謝罪広告掲載命令は上告人がなお是と信じていることを非と認め、善と信じていることを悪と認め、謝罪する意思もないのに謝罪することを強制するものであり、ひとの倫理的判断（「意思」といってもいいであろうが、以下「判断」で統一する）の自由＝良心の自由を侵害するとするものであろう。さらにいえば上告理由がそこまで意識していたかはともかく、良心の自由とは、良心に係る事項－典型的には是非善悪－の判断の自由そのものと、それを外部に表明することを強制されない自由の2つの自由含むところ、本件謝罪広告掲載命令は、単に倫理的判断の表明を強制するだけでなく、上告人が是とし、善としていることを、その意に反し、非であり、悪であると認めて、そのように表明することを強制するものであり、したがって倫理的判断の表明を強制されない自由を侵害するのみならず、倫理的判断の自由自体をも損なうとするものであるということにもなる。

こうした上告人の主張に対する最高裁の判断が必ずしも明快ではなかったため、判決当時から現在までリーディングケースとされながら、謝罪広告請求事件最高裁判決についてはさまざまな見方があるのであるが、本節の以後の展開に必要な限りで、筆者なりのまとめをしておく、最高裁は、本件謝罪広告掲載命令がはたして倫理的判断の表明を強制するものか否かに重点を置いて判断している。すなわち倫理的判断そのものの自由と倫理的判断の表明を強制されない自由のうち、後者に即して判断しているのである。より具体的にいえば、本件謝罪広告掲載命令が是の判断を非に変え、善の判断を悪に変えるよう強制するものかではなく、そもそも是非善悪の判断の表明を強制するものか、とりわけ、「謝罪広告」の「謝罪」や、「ここに陳謝の意を表します」の「陳謝」にそのような意義があるかを検討するのである。

そして最高裁は結局謝罪広告の掲載の命令が、倫理的判断の表明の強制であ

るとは認めない。いうなれば、本件謝罪広告命令は19条違反というような大げさな負担を上告人に課すものではないとするのである。ただそう判断する理由がはっきりしないようにみえるため、上述のようにこの判決の理解については、さまざまな論議があるのであるが、判決のいわんとするところは、謝罪広告の命令が真にその相手方の精神に深刻な打撃を与えたり、倫理的判断の表明の強制になる場合は確かに19条違反となることもあるが、本件謝罪広告命令にはそのようなおそれはなく、したがってそもそも19条適合性の問題－19条適合性を論じる必要性－は生じないとするものであろう。すなわち判決は、謝罪広告の狙いは、上告人に「謝罪」や「陳謝」をさせることによって、上告人が選挙運動中に公表した事実は虚偽であったと発表・周知させることにあつたのである。

「時にはこれ（謝罪広告－筆者）を強制することが債務者の人格を無視し若しくはその名誉を毀損し意思決定の自由乃至良心の自由を不当に制限することとなり、いわゆる強制執行に適さない場合に該当することもありうるであろうけれども、単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のものにあつては、これが強制執行も代替作為として民訴733条の手続によることを得るものといわなければならない。そして原判決の是認した被上告人の本訴請求は、上告人が判示日時に判示放送、又は新聞紙において公表した客観的事実につき上告人名義を以て被上告人に宛て、『右放送及記事は真相に相違しており、貴下の名誉を傷け御迷惑をおかけいたしました。ここに陳謝の意を表します』なる内容のもので結局上告人をして右公表事実が虚偽且つ不当であつたことを広報機関を通じて発表すべきことを求めるに帰する。されば少なくともこの種の謝罪広告を新聞紙に掲載すべきことを命ずる原判決は、上告人に屈辱的若しくは苦役的労苦を科し、又は上告人の有する倫理的意思、良心の自由を侵害することを要求するものとは解せられないし、また民法723条にいわゆる適当な処分というべきであるから所論は採用できない」（傍点筆者）との判決の中心部分を注意して読めば、判決が上にのべたような趣旨であることが読み取れるであ

ろう。

要するにタイトルに「謝罪」なる語が用いられ、文中にも「陳謝」の語がみられるものの、それは実質的意義をもつものとして用いられているわけではなく、本件謝罪広告の掲載命令はむしろことの真相を発表することを求めるものにすぎないから、本件謝罪広告の掲載命令からは直接19条に関わる問題は発生しないとするのである。繰り返していえば、判決は、「謝罪」や「陳謝」が文字どおりそれとして要求されるのであれば19条違反の可能性はあるが、本件ではそれは上告人による汚職の事実の公表が虚偽、不当であったことの発表、周知をいわば補強するといった程度のウェイトしかもっておらず、したがって19条適合性を論じる必要性はないとしているものと理解される。

最高裁判決が「謝罪」や「陳謝」の語の実質的意義をこのようにほとんど認めない根拠は、謝罪状の掲載やその文中の「謝罪」あるいは「陳謝」といった語は客観的な受取り方としては、そのように解されるとの判断である。

筆者は謝罪広告やそこで用いられる「謝罪」あるいは「陳謝」という語はやはり通常は客観的にも、その広告の名義人の倫理的判断の表明と受取られるであろうと考えるので、判決のこうした判断には賛成できないのであるが、ただ命ぜられた外部的行為を行うことは自らの良心の自由を侵害するとの当事者の主張について判断するに際して、その外部的行為が真に良心に係ることがらの表明であり、あるいはそれを推知する手掛りを与えるものであると客観的にも受取られるか否かを先ず考察するという態度そのものは、妥当であると考ええる。法的判断としては当事者の主張を客観的レベルに照らして判断すべきは当然だからである。

こうした最高裁の態度がより直截に示されているのが、ポストノーティス命令事件である。

この事件は労働委員会が、労働組合法7条により使用者がなすことを禁止されている不当労働行為（その結成等、労働組合に係る行為をしたことを動機にする労働者の解雇等の不利益取扱い、正当な理由のない団体交渉の拒否、労働



組合の切崩し等の支配介入、など)があったとして労働組合あるいは組合員から救済申立てがあり、労働組合法、労働委員会規則等所定の手続によって審査した結果、申立てを認容する場合に発する救済命令に関わるものである。すなわち救済命令は当然行われた不当労働行為の是正、具体的には不利益取扱いの取消し、団体交渉の開催、支配介入の禁止等を命ずるが、こうした主たる命令に加えて、使用者の労働組合や組合員に対する行為が労働委員会により不当労働行為と認定されたこと等を知らせる文書 (notice) を、使用者の名義で、会社の正門付近や事務室等人目につき易い場所に掲示する (post) ことを命じることがあるのである。関係者は救済命令のこの部分のことをポストノティス命令と通称するが、上にのべたところからも示唆されるように、ポストノティス命令は、労働委員会が、単なる不当労働行為是正の命令では済まないような悪質性が使用者の行為にあると判断した場合に発せられる傾向があるので、労働委員会自身が指示する掲示文の内容も、ときには、使用者の行為が不当労働行為と認定されたことを知らせる以上のものになることがある。

その典型が掲示文の表題を「陳謝文」とか、「誓約書」とかし、本文中に、自己の行為が不当労働行為と認定されたことに加えて、こうした行為について、「深く反省する」、「深く陳謝する」、「深く陳謝致します」等の文言を記すよう使用者に命じるポストノティス命令であるが、このように、「反省」や「陳謝」等の表明が命じられるため、謝罪広告請求事件同様、救済命令取消訴訟において使用者から良心の自由の侵害の主張がなされることがあるのである。

このことについて最初に判断した平成2年の最高裁判決<sup>(4)</sup>は、「右掲示文には『深く反省する』、『誓約します』などの文言が用いられているが、同種行為を繰り返さない旨の約束文言を強調する意味を有するにすぎないものであり、上告人に対し反省等の意思表示を要求することは、右命令の本旨とするところではないと解される。してみると、右命令は上告人に対し反省等の意思表示を強制するものであるとの見解を前提とする憲法19条違反の主張は、その前

提を欠くというべきである」とのべている。これは表現こそ異なるものの、上にみた謝罪広告請求事件最高裁判決と基本的な構図は同じである。つまりこのポストノーティス命令事件最高裁判決を登載した判例時報の匿名解説もいうように、謝罪広告請求事件最高裁判決同様、反省等の文言の意義は形式的、修辭的なものにとどまり、使用者に真に反省等の倫理的判断の表明を強制するものではないと解釈されているのである。違いは、謝罪広告請求事件では、「陳謝」が修辭的意義しかもたないことが示唆されるにとどまり、明言はされていないのに対し、ポストノーティス命令事件ではそれと明言されていることである。

翌平成3年にも最高裁は、この平成2年判決を引用しつつ、「本件救済命令の主文第2項のポストノーティス命令は、…上告人の行為が不当労働行為と認定されたことを関係者に周知徹底させ、同種行為の再発を抑制しようとする趣旨のものであって、掲示を命じられた文書中の『深く陳謝する』との文言は措辞適切さを欠くが、右は同種行為を繰り返さない旨の約束文言を強調する趣旨に出たものというべきであり、上告人に対し陳謝の意思表示を要求することは、右命令の本旨とするところではないと解される…。してみると、右命令は上告人に対し陳謝の意思表示を強制するものであるとの見解を前提とする憲法19条違反の主張は、その前提を欠くというべきである」と同旨を繰り返しているが<sup>(5)</sup>、ただここでは、「深く陳謝する」との文言が、「措辞適切さを欠く」と指摘されているという違いがある。おそらくそれは、そうした文言の使用は、ポストノーティス命令の本来の趣旨を離れて、実際にも真に陳謝していると受取られかねないこと、逆にいえば陳謝そのものを労働委員会が強制していると解される懸念がないわけではない—さらにいえば、真に陳謝を命じた場合は19条違反のおそれがある—ということであろう。

しかしポストノーティス命令を素直に読む限り、むしろそこでは不当労働行為を今後繰り返さない旨の誓約と、これまでの不当労働行為についての「反省」ないし「陳謝」という2つの行為が求められていることは明らかであるから、これら2つの最高裁判決のように、「反省」や「陳謝」を誓約のなかに組み込み、

約束文言の強調とすること（そのことによって「反省」や「陳謝」を実質的意義のない単なる修辞とすること）は相当に強引な解釈であり、筆者はこうした行論に賛成することはできないが（なお同様に「陳謝」の文字を入れることを求めたポストノーティス命令についての平成7年の最高裁判決<sup>(6)</sup>は、結論は以上の2つの判決と同じであるものの、「措辞適切さを欠く」との表現は残しつつ、「約束文言を強調する意味（趣旨）」という表現は消して、殊更な意義づけは控え、「右命令は、全体として、その摘示に係る上告人らの行為が不当労働に該当すると認定されたこと及び将来上告人らにおいて同種行為を繰り返さない旨を表示させる趣旨に出たものとみるべきである」（傍点筆者）としていて、謝罪広告事件判決にニュアンスが近くなっている）、ただ重ねていえば、表見的には倫理的判断の表明を命じているかにみえ、また当事者もそう主張する事例についても、直ちにそれが19条違反か否かを問題にするのではなく、このように先ず客観的にみて、真に倫理的判断の表明が求められているかどうかを問うという判断方法自体は妥当であると考える。

勤評長野方式事件<sup>(7)</sup>は上の例との対比でいえば、当事者は命じられた行為が思想、良心の自由（謝罪広告請求事件とポストノーティス命令事件では上述のように当事者はおっぱら良心の自由を主張しているが、勤評長野方式事件では思想の自由と良心の自由が区別されることなく、合せて内心の自由として主張されている）を侵害すると主張するが、本件には表見的にすらそのような思想、良心の自由に関わる要素はないとして、請求が退けられた事例である。

すなわち勤務評定書中の、「職務について」、「勤務について」、「研修について」、および「その他」の欄に、「学校の指導計画が的確に実施されるよう工夫しているか」、「児童、生徒の性格、環境、希望、悩み等を理解して指導しているか」、「分掌した公務を積極的に処理しているか」等の添付の観察内容等を参考にして、自己観察＝自己評価の結果をつとめて具体的に記入することを教職員に命じる県教育長の通達には、自己観察＝自己評価とは、各自がそれぞれの価値観に基づき、自己の行為等の是非善悪、当不当を弁別して積極的なものを肯

定すると同時に消極的なものを否定することであり、また行為の原因となった自己の思考（信条）の誤り、欠陥を承認し、さらには人格的欠陥の自認の可能性を含むものであり、さらに将来に向かって自認された諸欠陥に対し改善の意見を形成することであるから、この表示を命じることが自己観察者その人の価値観の表示、報告を強制することとなり、19条の内心の自由の保障に反するとの主張に対し、最高裁は内容に立入ることなく、それを否定するのである。通達の、「その文言自体、これを最大限に拡大して解釈するのであれば、記入者の有する世界観、人生観、教育観等の表明を命じたものと解することはできない。してみれば、本件通達によって記載を求められる事項が、上告人らの主張するような内心的自由等に重大なかかわりを有するものと認めるべき合理的根拠」はないというのがその理由である。

重ねていえば、謝罪広告請求事件やポストノーティス命令事件においては、当事者の主張は独自なものではなく、「謝罪」や「陳謝」等が命じられているため一般的にみても、少なくとも表見的には、確かに倫理的判断の表明の強制とみなされる余地があり、したがって判決も命じられている「謝罪」や「陳謝」等が実際にはどのような意義・意味をもつかを論じ、あるいは措辞としては適切でないとするなど、一定程度謝罪広告掲載命令やポストノーティス命令と19条との関わりについて判断しているのであるが、勤評長野方式事件においては、通達の命じる義務は客観的にみれば、表見的にすら、倫理的判断の表明を強制するものではなく、したがって何らことを19条の問題として論じる余地はないと一蹴するのである。

ポストノーティス命令事件では最高裁は上述のように、「反省」や「陳謝」という倫理的判断の表明が強制されているように見えるが、実は命令は実際には「反省」や「陳謝」を求めているわけではないとし、したがって命令が陳謝等の意思の表明を強制するものであるとの見解を前提とする19条違反の主張はその前提を欠くとし、謝罪広告請求事件の判旨もそのように明言はしていないものの同旨であるが、勤評長野方式事件では最高裁は、いわばそうした前提

を欠くことは一見して明らかであり、その所以をことさらにのべる必要はないとして、より簡単に違憲の主張を退けているといえよう。

いずれにせよ、このように3事件では裁判所、労働委員会、および県教育長の命令が倫理的判断や価値観の表明を強制し、したがって19条に違反するとの主張に対し、先ず、客観的にみて、命令が実際にそうした内心の表明を求める趣旨のもの、あるいはそうした結果になるものとみなされるかどうか判断され、それが否定されると、19条違反の主張はその前提が成り立たないとして退けられるのである。これまでにのべたように、最高裁のこうした前提が不成立との結論には賛成できないケースもあるが、繰り返していえば、先ず前提が成り立つか否かを客観的に判断するという方法自体は妥当というべきであろう。

最初にものべたように、こうした最高裁判決を軸にしなが、以下で君が代訴訟3事件5判決をみることにしよう。

## (2) 君が代訴訟判決

君が代訴訟を19条に関わる部分を主に検討する場合、真先に浮ぶ疑問は、いかなるコンテキストで学校行事における君が代の斉唱やピアノ伴奏の拒否が思想、良心の自由の保障の対象になるのかということである。それはいい換えれば、君が代の斉唱や伴奏がいかなる意味で思想、良心の自由と関わるのかということであるが、原告側はそのことにつき、君が代は過去の日本のアジア侵略と密接に結び付いており、また軍国主義思想を鼓吹する役割を果たしたなどとし、こうした評価による学校行事における君が代の斉唱の際の斉唱や伴奏の拒否は19条の保障を受けるなどと主張する。要するに明治憲法下で我が国が行ったアジア諸国への侵略や軍国主義的抑圧を支え、促進したものとして、またそうした我が国の過去の歴史を規定した天皇制を讃えるものとして、君が代を捉え、そうした認識からする斉唱や伴奏の拒否は、認識それ自体とともに思想、良心の自由を保障する19条の保護の対象となるとするのである。

しかし明治憲法下で我が国が内外で行った行為やその源にあった天皇制、あるいは天皇に対する評価は確かに歴史観、国家観、世界観、あるいは道徳観等として、思想あるいは良心といえようが、君が代はそうしたかつての我が国の行為やその源泉と等置されるようなものではない。君が代自体に力があり、それによって我が国の侵略主義や軍国主義が生み出され、促進され、強化されたわけではないのである。むしろこうした侵略主義や軍国主義の発生や展開の理由を簡単にまとめるのは不可能であるが、それは政治、経済、軍事、外交等のさまざまな要因に由来するものであり、君が代が果たした役割はそうした侵略主義や軍国主義の一部というより、むしろその装飾であったというべきであろう。したがって君が代に対する否定的な想いは、上述のような歴史観や国家観等に基づく不快感や嫌悪感、あるいは拒絶感といったレベルのものと捉えるのが妥当ではなかろうか。換言すると、君が代自体はその詞や曲が論議の対象となり、また好悪の対象となることはあっても、それを超えて、19条レベルの論理的・倫理的評価や価値観の対象になるわけではなく、そうした対象になるのはあくまでもそれを装飾として用いながら行われた国家の行為であるということである。

むしろ原告の立場からすれば、そうして行われた国家の行為と君が代は不可分一体であるとか、あるいは仮に可分であるとしても、君が代に対する不快感や嫌悪感、あるいは拒絶感もやはり思想、良心と評価されるべきであるということになるのであろう。

しかし筆者は上述のように、君が代を装飾としながらなされた国家の行為についての否定的な論理的・倫理的評価と君が代に対する想い、あるいはその斉唱や伴奏は次元を異にすると考えるし、また当事者が命令による行為の強制について思想、良心の自由の侵害を主張すれば、直ちに命令の19条適合性の検討の必要性が生じるわけではなく、従来最高裁判決の説明の際に再三のべたように、そうした行為が客観的にも思想、良心を吐露するものとみなされる場合にはじめて、命令が19条に違反するか否かの検討の必要性が生じると考えている

ので、原告側のそうした主張にそのまま賛成することはできない。

このような君が代訴訟についての筆者の基本的立場や従来の最高裁判決の理解からすれば、君が代訴訟3事件5判決のうち19条に関する判断で最もスムーズに理解できるのは戒告処分事件最高裁判決<sup>(8)</sup>である。最高裁は上告人（原告—以下では引用文中以外は原則として「原告」という）の前述のようなピアノ伴奏職務命令がその思想、良心の自由を侵害し、19条に違反するとの主張について、先ず、原告の、君が代が過去の日本のアジア侵略と結び付いており、これを公然と歌ったり、伴奏したりすることはできない等の考えは、『君が代』が過去の我が国において果たした役割に関わる上告人自身の歴史観ないし世界観及びこれに由来する社会生活上の信念等ということができる」とする。しかしそこから直ちに職務命令の19条適合性を論じるのではなく、「しかしながら、学校の儀式的行事において『君が代』のピアノ伴奏をすべきでないとして本件入学式の国歌斉唱の際のピアノ伴奏を拒否することは、上告人にとっては、上記の歴史観ないし世界観に基づく一つの選択ではあろうが、一般的には、これと不可分に結び付くものということとはできず、上告人に対して本件入学式の国歌斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする本件職務命令が、直ちに上告人の有する上記の歴史観ないし世界観それ自体を否定するものと認めることはできないというべきである」というのである。

ただこの判旨には、いささか分り難いところがある。ふつうに読むと、君が代が過去に果たした役割の否定的評価が「歴史観」ないし「世界観」とされ、そうした「歴史観」ないし「世界観」に由来する（基づく）、君が代を公然と歌ったり、伴奏したりすることはできないとの考えが「社会生活上の信念」とされていると理解されるが、後者の「社会生活上の信念」という語は1回使われたきりで、その後は改めて言及されることはないため、「歴史観」ないし「世界観」と同じレベルのものか、あるいは別次元のものか、いい換えると思、良心のうちに含まれるのか（「歴史観」ないし「世界観」が思想、良心に含まれると判決がしていることは明らかである）、あるいはその外にあるものか、その位

置づけがはっきりしない印象を与えるのである。

そのことを筆者なりに解きほぐしてみると、判決の基本的な考え方は、君が代が過去の日本のアジア侵略と結び付いているという原告の捉え方は、確かに、原告の歴史観、世界観として思想、良心といえるが、個々の具体的状況下で君が代を斉唱したり、その伴奏をしたりするかどうかの判断とその判断に基づく斉唱・伴奏あるいは拒否といった実際の行為は一応それとは別問題であるというものであろう。「一応」というのは、当の具体的状況によって両者が連動している場合もあるが、逆に分けて考えられる場合もあり、したがって判断や行為の制限の法的評価は一律ではないとの意である。すなわち君が代が過去に果たした役割に対する否定的評価という思想、良心からすれば、斉唱・伴奏の拒否という判断・行為しかないと思われる不可分の結びつきが両者の間に認められる状況の場合は、その拒否という判断や行為を制限することは思想、良心の自由の侵害となるが、そうした思想、良心からしても、判断や行為について斉唱・伴奏の実行、あるいは拒否のいずれも選択の余地があると思われるような状況の場合は、拒否という判断や行為の自由の制限は直ちに思想、良心の自由の侵害となるわけではないとする見解が土台になっているものである。原告は君が代の果たした歴史的役割についての否定的評価という思想、良心からすれば、必然的にあらゆる場合に斉唱や伴奏を拒否することになり、したがって後者も思想、良心の一環となるとするわけであるが、最高裁はそうように考えないのである。

そしてこうした基本的な考え方に立って、判決は、君が代が果たした役割に関する歴史観、世界観と本件のピアノ伴奏拒否という判断・行為が上のような意味での不可分の関係にあるのか、それとも可分の関係にあるのかを検討するのであるが、この際判決は2つのことを手掛りとする。

1つは本件で命じられた伴奏は、例えば君が代の過去の役割の称揚を目的とする会合や、あるいは自己の想いや芸術的関心を披露する演奏会でのそれではなく、入学式という「学校の儀式的行事」におけるものであるということであ



る。つまり判決は、入学式は「学校の儀式的行事」であるから、厳粛ではあるが、形式的、儀礼的なセレモニーであって、特段の思想性はなく、したがってその式次第への参加、協力を求めることも、とくに深刻な精神的影響をもたらすわけではないとしているようにもみえる。いわば「学校の儀式的行事」であることを手掛りに、論理的に、本件においては君が代の果たした評価に関わる歴史観や世界観とピアノ伴奏をするかどうかの判断・行為は可分であるとするわけである。

もう1つの手掛りは一判決の表現上はもっぱらこちらが前面に出ているが、上述のような歴史観、世界観とピアノ伴奏の関係について、「一般的には」どのように考えられるかを推認することである。つまり判決は、君が代が過去に果たした役割について否定的評価をもつ者が学校の儀式的行事において伴奏を求められた場合、学校に勤務する者の行動として、原告のように否定的評価を理由にそれを拒否するのが常態であるか、あるいは、否定的評価はそれとして、協力するのが常態であるかを考察し、後者の態度がふつうであろうとして、この点からも、君が代が過去に果たした役割についての評価と、本件において実際に伴奏するかどうかの判断・行為は可分であるとするのである。

むろんこのような最高裁の結論については当然批判も予想されるが、前述したように、当事者の主張をそのまま受けて直ちに19条適合性を論じるのではなく、当事者の主張をいわば一般的なレベルに置き直してみても、それでもなお、19条適合性を論じる必要があるかどうかを先ず判断するというのが、19条違反の主張に対する最高裁の伝統的態度であり、本件でもそうした従来のスタイルが踏襲されているのである。

なお筆者のように、明治憲法下の天皇制国家の国内外における行為についての評価や価値判断が思想や良心であり、君が代に対する否定的な想いはむしろそうした思想や良心からする不快感、嫌悪感、拒絶感といった類のものと捉えるべきであるとする立場からすれば、なおさらピアノ伴奏の職務命令は上告人の精神状態に影響を与えることは確かであるが、その思想や良心に関わるよう

なものではないということになる。その意味で行論は異なるが、不可分か可分かという問題についての結論は筆者の場合も最高裁と同様ということになる。

以上の最高裁の判旨はいわばピアノ伴奏を行為者の立場からみた場合の評価であるが、次いで最高裁はピアノ伴奏という行為を第三者の立場からみて、第1の判旨と同じ結論をのべる。すなわち、「客観的に見て、入学式の国歌斉唱の際に『君が代』のピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され期待されるものであって、上記伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであり、特に、職務上の命令に従ってこのような行為が行われる場合には、上記のように評価することは一層困難であるといわざるを得ない」というのである。

いうまでもなく、これまでに何度も繰り返しのべたように、こうした命ぜられた行為が客観的にみても当事者の主張するような思想、良心の表明という意義をもつかどうかの考察が、最高裁のこれまでの19条に関わる事例の判断の起点であり、また中心点でもあったわけであるから、本件でもむしろこのような客観的考察をもっと判旨の中心に置いた方がよかったのではないと思われるが、この、君が代のピアノ伴奏という行為は、第三者からはもっぱら技術的作業とみなされて、その伴奏者が君が代の果たした役割について何らかの評価をもつものとみなされることはなく、したがって入学式における君が代斉唱の際のピアノ伴奏は思想、良心の表明という意義をもつものではないという判断は自然であり、頷けるものがある。少なくとも筆者には、謝罪広告請求事件やポストノーティス命令事件における、命ぜられた「謝罪」、「陳謝」、「反省」等の行為は、倫理的判断という良心の表明を求めるものではないという判旨よりも、はるかにスムーズに理解できるように思われるのである。

判決は結論として、「本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に反するとはいえないと解するのが相当である」とするが、以上のような判旨の理解からすれば、その意は、本件職務命令はそもそも

思想、良心の自由を制限するものではないとするもの、従来の判決のいい方に倣えば、「19条違反の主張は、その前提を欠く」とするものと解されることになる。

なお判決は上にみた判旨1と判旨2に加えて、さらに職務命令の目的および内容の合理性の検討も行っている。

そして憲法15条2項の、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」との規定、および地方公務員法30条、32条の、「すべて職員は、全体の奉仕者として公共の利益のために勤務し、且つ、職務の遂行に当っては、全力を挙げてこれに専念しなければならない」、「職員は、法令、…に従い、…上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない」等の規定からして、原告は法令等や職務上の命令に従わなければならない立場にあることをのべた後、入学式等において音楽専科の教諭によるピアノ伴奏で国歌斉唱を行うことは、学校教育法の小学校教育の目標に関する規定や、学校教育法・同施行規則に基づいて定められた小学校学習指導要領の規定の趣旨に適うものであること等を説明して、本件職務命令は、その目的および内容において不合理であるということとはできないというべきであるとする。

要するに本件職務命令には法的な根拠があり、その内容にもとくに問題となるところはないから、原告は憲法、地方公務員法等の規定からして、それに従うべきであったとするのである。本件は職務命令に従わなかったことを理由としてなされた戒告処分の取消しを求める訴訟であり、職務命令の合憲性のみならず、その根拠や妥当性、あるいはそれに対する服従義務の存否等を検討することも当然必要な作業ではある。その意味で最高裁の上にみたような判旨3もそれとしては理解できるのであるが、ただこの判旨3は本件職務命令の19条適合性の判断と直接結び付くものではないであろう。判旨3が19条と関わるとすれば、それはむしろ、本件職務命令は確かに上告人の思想、良心の自由を制限はするが、そうした制限は判旨3の理由により許容されるという展開においてであろう。

しかし判決はそもそも本件職務命令は思想、良心の自由を侵すものではないとしており、こうした結論のためには判旨1と2で充分なのであるから、19条との関わりでさらに判旨3をのべる必要も余地もなかったはずである。にもかかわらず判決は実際には、判旨1、2とともに、判旨3も本件職務命令が思想、良心の自由を侵すものとし19条に反するとはいえない理由として挙げているが、むしろ以上にのべたところからして、判旨1と2で本件職務命令が思想、良心の自由を侵すものとして19条に反するものではないとの結論を導き、その後、その他の関係法令上も本件職務命令に違法はないとして、判旨3をのべ、さらなる上告棄却の理由とするのが適切だったのではないかと思われる。

ともあれ、最高裁はこうしてピアノ伴奏職務命令は19条に違反しないとするのであるが、この判決と基本的な構図を同じくしているのが、合格取消事件1審判決<sup>(9)</sup>である。

この事件は先にも紹介したように、都立学校の教諭であった原告らが、都教育長より発せられた「入学式、卒業式等における国旗掲揚及び国歌斉唱の実施について」と題する通達に基づく校長の職務命令に反して、君が代斉唱の際に国旗に向かって起立せず、斉唱をしなかったとして、再雇用職員の採用選考の合格を取り消されたことにつき、再雇用職員の地位の確認等を求めたものである。

1審判決の19条に関わる部分をみると、判決はまず、原告らの本件行為の理由・動機を、①日の丸や君が代が明治憲法下で天皇制に対する忠誠のシンボルとして用いられ、またそれらが第2次世界大戦において大きな役割を果たしたことに対する抵抗感や嫌悪の情、②第2次世界大戦時において時の為政者により教育が支配され、そのためにほかならぬ教育が多くの生徒を戦場に送り込むことに寄与する結果となったことに対する反省の念、③本件通達をめぐる都教委の一連の動きが、学校の教育自治の原理を一切否定する強権的なものであり、是認し難いという職業的な信念、の3つに大別する。そしてそのことを受けて、「以上のような全原告らの感情、信念、信条は、それぞれの人生体験、

我が国の過去についての歴史認識や職業意識などにより個々の全原告につきそれぞれ多元的に形成されたものであり、これらは社会生活上の信念を形成しているとみられるから、このような精神活動それ自体を公権力が否定したり、精神活動それ自体に着目して、その内容の表明を求めたりすることは、憲法19条が保障する思想及び良心の自由を侵害するものとして許されないことはいうまでもない」と論を展開する。

前述のように戒告処分事件最高裁判決においても、「社会生活上の信念」という語が用いられているが、そこではそれは歴史観、世界観等の思想、良心と一応区別されているようにみえる。しかしここでは「社会生活上の信念」という語は、むしろ戒告処分事件最高裁判決のいう歴史観や世界観と同じレベルで用いられている。

こうして語の用法という点では異なるところもあるが、しかしこのように本件職務命令に係る19条違反の具体的態様は、それがこうした精神活動それ自体を否定したり、その内容表明を求めたりする場合であるとし、続いて命じられた行為（戒告処分事件では君が代のピアノ伴奏、本件合格取消事件では国旗に向かって起立し、君が代を斉唱すること）がこうした19条に反する行為に当たるか否かを検討して、結局そのことを否定する点では、合格取消事件1審判決は戒告処分事件最高裁判決をほぼそのまま踏襲しているのである。

すなわち、上にみた、精神活動それ自体の否定やその内容の表明の強制は19条に反するとの判示を受けて、合格取消事件1審判決はまず、「本件につきみると、全原告らが教育公務員として参加した学校行事である卒業式において、国旗に向かって起立をし、国歌を斉唱することを拒否することは、全原告らにとっては、上記のような社会生活上の信念に基づく1つの選択ではあり得るものの、一般的には、これと不可分に結び付くものではないから、本件職務命令が全原告らの上記のような精神活動それ自体を否定するものとはいえない」というが、この部分はいうまでもなく、戒告処分事件最高裁判決の判旨1に相当するのである。ここでも命じられた国旗に向かっての起立や君が代の斉唱とい

う実際の行為と、原告らが抱く社会生活上の信念は不可分の関係にはないとされ、その理由としては、その場が全原告らが「教育公務員として参加した学校行事である卒業式」であること、および、「一般的には」、両者を分けて捉え、行動するのが常態と思われることが挙げられている。

判決は次いで、「また、卒業式において、国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することも、卒業式という式典の立場において、何らかの歌唱を行う際に歌唱を行う者が起立し、また、起立する際、会場正面に向けた体勢をとること自体は、儀式・式典において当然されるべき儀礼的行為であり、しかも、これが…、全原告らの勤務校に所属する教職員全員に発せられた職務命令によりなされたものであることを勘案すると、本件職務命令のと通りの行為をすることが、その者が所有する特定の思想などの精神活動自体の表明となるものではないというべきである」という。

これまたいうまでもなく、この部分は、「客観的に見て」、入学式の君が代の斉唱の際にピアノ伴奏をするという行為自体は、それを行う者が特定の思想を有するということを外部に表明する行為であると評価することは困難なものであるとした、戒告処分事件最高裁判決の判旨2に相当する。ただ合格取消事件1審判決では、「客観的に見て」という語は用いられていないが、実際はそういう趣旨の判断がなされていることは明白である。さらにまた合格取消事件1審判決は戒告処分事件最高裁判決の判旨3と同じく、憲法15条2項、地方公務員法30条・32条、学校教育法・同施行規則、高等学校学習指導要領にふれながら職務命令について論じているが、職務命令の19条との関わりという論点からすれば、さして重要ではないので、この部分については省略する。

ただこうした3つの判断を受けた結論については若干ふれておく必要がある。何故なら、戒告処分事件最高裁判決が、判旨1、2、3をまとめて、「以上の諸点にかんがみると、本件職務命令は、上告人の思想及び良心の自由を侵すものとして憲法19条に反するとはいえないと解するのが相当である」としているのに対し、合格取消事件1審判決は同じような3つの判断をまとめて、「し

てみれば、本件職務命令は、公務員の職務の公共性に由来する必要かつ合理的な制約として許容されるものと解され、全原告らの思想及び良心の自由を侵害するものとして憲法19条に反するとはいえない」としているのである。

つまり戒告処分事件最高裁判決は簡単であるが、19条だけにふれていることからして、先にのべたように、職務命令はそもそも原告の思想、良心の自由を制限するものではないとしているものとの結論が導き出し易いのに対し、合格取消事件の上に示した結論は、ふつうに読めば、職務命令は全原告らの思想、良心の自由を制限するが、それは必要かつ合理的な制約であり、したがって職務命令は19条に違反しないようにみえるのである。しかし1番目の判断と2番目の判断はむしろ職務命令がそもそも思想、良心の自由を制約するものではないという結論につながる判断であるから、こうした合格取消事件1審判決の結論は混乱あるいは矛盾しているような印象を受ける。

いわば戒告処分事件最高裁判決は判旨3をのべつつ、結論は判旨1と2のみで導いていて、結論は比較的分かり易いが、その分判旨3がのべられている理由が判然としないのに対し、合格取消事件1審判決は3つの判断の全部を結論に取り込んでいて、その分一応行論としては整合性があるようにみえるものの、今度は結論に不明確さが残る結果になっているのである。前にものべたように、結局、職務命令の19条以外の法令に係る判断の判決文における位置が、両判決とも、適当ではないということであろう。

こうしたいくつかの問題点はあるものの、筆者はこれまでにのべたように、上にみた戒告処分事件最高裁判決と合格取消事件1審判決の判断に基本的には賛成するが、むしろ両判決には強い批判があり、また実際に戒告処分事件1・2審判決と確認等訴訟1審判決は異なる判断を示している。以下批判の代表例として先ず、戒告処分事件最高裁判決の那須裁判官の補足意見と藤田裁判官の反対意見にふれ、次に異なる判断をしている3判決をみることにしよう（なお筆者が戒告処分事件最高裁判決や合格取消事件1審判決に賛成しているのは、その職務命令と19条との関わりについての判断の部分に関する限りのことで

あって、戒告処分や合格取消の措置の適法性はそれと切離して考えられる余地があり、むしろ違法と判断されるべきであると考えていることについては末尾の「おわりに」の箇所でのべている)。

那須補足意見は、「一般的には」、学校の儀式的行事において君が代斉唱の際にピアノ伴奏を拒否することは原告の有する君が代に関する特定の歴史観ないし世界観と不可分に結び付くものということはできず、君が代斉唱の際にピアノ伴奏を求めることを内容とする職務命令を発しても、その歴史観ないし世界観を否定することにはならないこと、および、「客観的に見て」、入学式の君が代斉唱の際にピアノ伴奏をするという行為自体は、音楽専科の教諭等にとって通常想定され、期待されるものであって、その伴奏を行う教諭等が特定の思想を有するというを外部に表明する行為であると評価することが困難であることは多数意見のいうとおりであるとしつつ、しかし本件の核心問題は、こうした、「一般的」、「客観的」な評価が当てはまらないと原告自身が考える点にあるとする。すなわち原告の立場からすると、職務命令により入学式における君が代の斉唱の際のピアノ伴奏を強制されることは、原告の歴史観や世界観を否定されることであり、さらに特定の思想を有することを外部に表明する行為と評価され得ることにもなるのではないかと思われるとするのである。

しかしこの行論はいささか理解し難い。原告は職務命令が自らの歴史観や世界観を否定し、自らのそれとは異なる思想を有することの表明と受取られる行為を強制すると考えたからこそ提訴し、違憲を主張しているわけで、そのことを態々本件の核心問題という必要はないであろう。本件の核心問題はあくまでも、原告のそうした主張が一般的なレベルに置き直してみてもなお認められるかというところにあるのであって、多数意見はまさにそういう判断をしているのである。いい換えると、多数意見は原告の主張とは別に、一般論として、ピアノ伴奏の職務命令と19条の関わりを論じているのではなく、原告の主張を受けて、それへの回答として、本件のピアノ伴奏の職務命令は原告主張のように、その歴史観や世界観を否定したり、特定の思想を有するというを外部に表



明する行為を求めるものではないとしているのであるから、こうした多数意見を是認する限り、さらに原告の立場に立って検討を続ける必要はないはずである。

しかしながら那須補足意見は、本件職務命令は原告にとっては心理的な矛盾、葛藤を生じさせる点で、同人が有する思想、および良心の自由との間に一定の緊張関係を惹起させ、ひいては思想および良心の自由に対する制約の問題を生じさせる可能性があるとし、こうした事態を原告がなぜ甘受しなければならぬのかということについて敷衍してのべる必要があるとして、原告が本件職務命令に従い入学式における君が代の斉唱に協力する義務を負うことを、憲法15条2項、地方公務員法30条、同32条等に拠りつつ詳細にのべるのである。

合格取消事件1審判決の説明の際にも示唆したように、確かにこのような職務命令が思想、良心の自由を制約する可能性を指摘しながら、他方で職務命令の必要性や合理性を認めて、結局職務命令を違憲、違法とはいえないとする立場はあり得る。後にみるように本件1・2審判決は基本的にはそのパターンであるが、それはそもそも職務命令は思想、良心の自由の制約には当たらないという多数意見とは異なる合憲論である。したがって那須補足意見は正確には、むしろ、補足意見としてではなく、意見としてのべられるべきであったのではなかろうか。なおこうした合憲論についてのコメントは、後に本件1・2審判決についてふれる際に簡単にのべる。

それに対し藤田反対意見の中核になっているのは、本件において問題とされるべき原告の思想、良心としては、君が代が果たしてきた役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観それ自体もさることながら、それに加えてさらに君が代の斉唱をめぐり、学校の入学式のような公的儀式の場で、公的機関が、参加者にその意思に反しても一律に行動すべく強制することに対する否定的評価（したがって、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし信条）といった側面が含まれている可能性があるのであり、また、後者の側面こそが本件では重要なのではないかという捉え方である。そして本件

ではこのように君が代が過去に果たした役割に対する否定的評価という歴史観ないし世界観の意味での思想、良心と、上記のような信念ないし信条の意味での思想、良心と、2つの思想、良心の問題が含まれている可能性があるのであるから、本件において本来問題とされるべき原告らの思想、良心とは正確にはどのような内容のものであるかについて、さらに詳細な検討を加える必要があること等を指摘して、原判決の破棄差戻しを説くのである。

こうなると結局19条にいう思想、良心の意義をどう定義するかという基本的な問題に立戻ることになるが、その点についていえば、筆者は、ひとの私的・社会的な生活や行動の土台となり、判断基準となる人生観、歴史観、世界観、価値観等を意味するものと理解している。ただいわゆる信条説のように、そこに、「宗教上の信仰に準ずべき」というような限定をつける必要はなく、要するに19条の思想、良心とは、ひとの私的・社会的な生活や行動の仕方、方針を規定するものの見方や考え方、あるいは価値判断を意味するとすればよいと考えている。

こういう理解から本件をみると、やはり多数意見のいうように、原告の思想、良心と評価されるのは、君が代が果たした（筆者のいい方では、君が代を装飾として天皇制国家が行った）侵略や弾圧についての批判や反省であり、君が代の斉唱の際の伴奏拒否は「その派生的ないし付随的行為」（藤田反対意見は多数意見のピアノ伴奏拒否の捉え方をこう表現している）であるということになる。この「派生的ないし付随的行為」は筆者のいい方では、上にのべたように、ひとの私的・社会的な生活や行動の仕方・方針ということになるが、ここまで（本件について具体的にいえば、学校行事における君が代の斉唱に反対し、ピアノ伴奏を拒否することまで）思想、良心の自由の保障を及ぼすことは、余りにもその保障の範囲を拡大し、19条をめぐる訴訟を誘発することになるのではなかろうか。むしろ19条に関する訴訟が生じること自体は何ら問題ではないが、その場合、おそらく判決のほとんどはありきたりの公共の福祉論による合憲判決となるであろう。そしてそのことは結果としては当然、訴えの提

起者の意図に反して、思想、良心の自由の保障は容易に制限できるものとの印象を積み重ねるおそれがある。また藤田反対意見は、君が代が過去に果たした役割についての否定的評価という歴史観ないし世界観と、学校行事において君が代の斉唱を強制することに対する否定的評価（したがって、また、このような行動に自分は参加してはならないという信念ないし信条）とは一応区別されるとするが、むしろ前者の歴史観ないし世界観の一つの発露として後者があるのであって、両者は連動しており、別物ではないとみるのが自然ではなからうか。

なお藤田反対意見は、公的儀式の場で、公的機関が参加者に君が代の斉唱を強制することや、それに参加しないとの信念ないし信条をもつ者にピアノ伴奏を強制することが、憲法違反とならないかどうかは、多数意見の考えを前提とするにしても改めて検討する必要があるとし、その例証として、「例えば、『君が代』を国歌として位置づけることには異論が無く、従って、例えばオリンピックにおいて優勝者が国歌演奏によって讃えられること自体については抵抗感が無くとも、一方で『君が代』に対する評価に関し国民の中に大きな分かれが現に存在する以上、公的儀式においてその斉唱を強制することについては、そのこと自体に対して強く反対するという考え方もあり得るし、また現にこのような考え方を採る者も少なからず存在するということから、いえることである」という。しかし君が代を国歌として素直に受容しつつ、公的儀式においてその斉唱を強制することには反対する者が真に少なからず存在するか甚だ疑問であり、さらにいえば、少なくとも原告の立場はこうした、国民の間に君が代の評価について大きな相違がある以上、その斉唱に反対するという類のものではないことは明らかであるから、このような藤田反対意見の説明は説得力を欠くように思われる。

戒告処分事件1 審判決<sup>(10)</sup>はごく要約していえば、原告の、君が代は過去の日本のアジア侵略と密接に結びついており、これを公然と歌ったり、伴奏したりすることはできないとの想いは、19条の保障の対象である思想、良心である

としつつ、こうした思想や良心の自由も公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けることからすれば、原告は本件職務命令を受忍すべきであるとして、19条違反の主張を退けるものである。

前者の点についての判決文を示せば、「本件職務命令は、本件入学式において音楽専科の教諭である原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じるというものであり、そのこと自体は、原告に一定の外部的行為を命じるものであるから、原告の内心領域における精神活動までも否定するものではない。もっとも、人の内心領域における精神活動は外部的行為と密接な関係を有するものといえるから、『君が代』を伴奏することができないという思想、良心を持つ原告に『君が代』のピアノ伴奏を命じることは、この原告の思想、良心に反する行為を行うことを強いるものであるから、憲法19条に違反するのではないかが問題になる」とされている。

このようにここではとくに何の説明や限定もなく、君が代の伴奏をすることができないという原告の想いは、19条がその自由を保障する思想、良心に含まれるとされている。そのため判決は一見すると原告の主張に理解を示し、思想、良心の自由の保障を促進する立場に立っているようにみえる。しかし実態はそうではない。上記の判決の要約の後半でのべているように、これまで人権の制約を合憲としてきた多くの判決と同様、公共の福祉論によって比較的簡単に職務命令による原告の君が代に係る思想、良心の自由の制限を合憲として容認するのである。

この点についての判決文を示せば、「しかし、原告のような地方公務員は、全体の奉仕者であって（憲法15条2項）、公共の利益のために勤務し、かつ、職務の遂行に当たっては、全力を挙げて専念する義務があるのであり（地方公務員法30条）、思想、良心の自由も、公共の福祉の見地から、公務員の職務の公共性に由来する内在的制約を受けるものと解するのが相当である（憲法12条、13条）」とされているのである。

そして具体的に職務命令の目的や手段を検討し、それが合理的な範囲内のも

のであることを認めて、原告は君が代のピアノ伴奏という思想、良心の自由の制約を受忍すべきであるとするのであるが、こうしてみると、判決が、原告の君が代の伴奏についての否定的な想いを思想、良心としたことには実は特段の積極的意義はなく、敢えていえば、ただ原告のそうした主張を一応そのまま受けて判断をスタートさせたという程度の意義しかないことが分かる。したがって本判決は、19条に関わる判決としてはとくに重要性をもつものではないといえよう。また、戒告処分事件最高裁判決は君が代のピアノ伴奏についての否定的判断や行動を思想、良心の自由の保障の対象とせず、1審判決は逆に対象としたというような対比も、実際には、無意味であることも明らかである。

なお戒告処分事件第2審判決<sup>(11)</sup>も基本的にはこうした1審判決を踏襲しているので、同様のコメントが当てはまる（この2審判決は公共の福祉による思想、良心の自由の制約を一般的に説いた後、さらに、「控訴人のように公教育に携わる公務員は、学校教育法等の法規の定めるところによって教育を行うことが義務付けられているというべきであるから、その限りでは自ずから思想、良心の自由も制約されることがあり得る。例えば法規によりあることを教えることとされている場合に、公教育に携わる公務員がその個人的な思想や良心に反するからといってそのことを教えないというわけにはいかないのである。このような意味での思想、良心の自由の制約は、公共の福祉にかなうものとしてやむを得ないものであって、公教育に携わる公務員として受忍せざるを得ず、このような受忍を強いられたからといって憲法19条に違反するとはいえない」とのべるなど、1審判決よりもさらに強く、また具体的に、教育公務員の思想、良心の自由が公共の福祉による制約を受けることを説いている）。

以上の4判決のいずれとも行論を異にするのが、確認等訴訟1審判決<sup>(12)</sup>である。違いは主として2つあって、その1は学校行事において君が代斉唱の際に国旗に向かって起立し、君が代を斉唱することやピアノ伴奏をすることと、19条の関わりについての判断である。確認等訴訟1審判決は結論としては、こうした行為についての拒否感19条の保障の対象となとしているので、その

限りでは戒告処分事件1・2審判決と同様なのであるが、その理由についてくわしくはふれていない後者に比べて、かなり詳細にその点にふれているのである。

少々長くなるが原文をそのまま引用すると、「ところで我が国において、日の丸、君が代は、明治時代以降、第2次世界大戦終了までの間、皇国思想や軍国主義思想の精神的支柱として用いられてきたことがあることは否定し難い歴史的事実であり、国旗・国歌法により、日の丸、君が代が国旗、国歌と規定された現在においても、なお国民の間で宗教的、政治的にみて日の丸、君が代が価値中立的なものと認められるまでには至っていない状況にあることが認められる。このため、国民の間には、公立学校の入学式、卒業式等の式典において、国旗掲揚、国歌斉唱をすることに反対する者も少なからずおり、このような世界観、主義、主張を持つ者の思想、良心の自由も、他者の権利を侵害するなど公共の福祉に反しない限り、憲法上、保護に値する権利というべきである。この点、確かに、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に起立しないこと、国歌斉唱をしないこと、ピアノ伴奏をしないことを選択する理由は様々なものが考えられ、教職員に対して、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に、国旗に向かって起立し国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることを命じたとしても、特定の思想、良心を抱くことを直接禁止するものとまではいえない。しかし、前記日の丸、君が代に関する現在の状況に照らすと、宗教上の信仰に準ずる世界観、主義、主張に基づいて、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを拒否する者、ピアノ伴奏をすることを拒否する者が少なからずいるのであって、このような世界観、主義、主張を持つ者を含む教職員らに対して、処分をもって上記行為を強制することは、結局、内心の思想に基づいてこのような思想を持っている者に対し不利益を課すに等しいといえることができる。したがって、教職員に対し、一律に、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱すること、ピアノ伴奏をすることについて義務を課

すことは、思想、良心の自由に対する制約になるものと解するのが相当である」とされている。

もっともこの判旨は必ずしもその趣旨が判然としないきらいがないではないが、およそのところをいえば、学校行事において国旗を掲揚し、君が代を斉唱することに反対する態度や立場を世界観等として思想、良心とするとともに、それに基づいて現実の行事の場で、自分は、国旗に向かって起立したくない、あるいは君が代の斉唱やピアノ伴奏をしたくないという思いを抱くことも思想、良心としている。そして判決はそのうえでひとの内心領域の精神的活動と外部的行為は密接な関係をもち、これと切離して考えることは困難かつ不自然であるから、学校行事における国旗の掲揚、君が代の斉唱・ピアノ伴奏等に否定的考えをもつ者にこれらの行為を命じることは、結局これらの者の思想、良心の自由を侵害することになるというべきであるとするのである。

ただ筆者は藤田反対意見にふれた際にのべたように、19条にいう思想、良心はとくに狭く限定する必要はないにしても、反面日常の私的・社会的生活や行動の仕方・方針にまで拡大することは妥当ではないと考えているので、確認等訴訟1審判決の上に紹介した部分には賛成することができない。

また思想、良心の定義において態々「宗教上の信仰に準ずる」という厳しい限定を付しながら、簡単に不起立、不斉唱、伴奏拒否といった行為が思想、良心の自由の保護を受けるとすることも、通常理解からすればいささか納得し難いところである。これでは「宗教上の信仰に準ずる」という語は、思想、良心の自由の保護を受ける「世界観、主義、主張」の内容を規定するのではなく、むしろ想いの強さを意味する語として用いられているだけではないかという印象すら受けるのである。

もう1つの違いは、このように職務命令により国旗に向かって起立し、君が代を斉唱することやピアノ伴奏をすることについて義務を課することが思想、良心の自由の制約になるとして、それは、公共の福祉による必要かつ最小限度の制約、または教職員の地位に基づく制約として、許されるかどうかという検討

の内容とその結論である。上述のように戒告処分事件1・2審判決はこのことをいささか図式的に論じ、原告は職務命令を受忍すべきものとしており、他の2判決もこうした義務を課す職務命令を合理的としているのであるが、確認等訴訟1審判決は逆に職務命令を違法とするのである。

その理由は多岐に亘っているが、ごく要約していうと、高等学校学習指導要領の、「入学式や卒業式などにおいては、その意義を踏まえ、国旗を掲揚するとともに、国歌を斉唱するよう指導すること」という国旗・国歌条項は、法的効力を有しているが、同条項から、原告ら教職員が入学式、卒業式等の式典において君が代の斉唱の際に国旗に向かって起立し、斉唱する義務、ピアノ伴奏をする義務までを導き出すことは困難であること、本件紛争の源になっている平成15年の都教育長による都立学校の各校長宛ての、「入学式、卒業式等における国旗掲揚および国歌斉唱の実施について」という通達やそれに関する指導等は、入学式、卒業式等の式典における国旗掲揚、君が代斉唱の実施方法等、教職員に対する職務命令の発令等について、都立学校の各校長の裁量を許さず、これを強制するものと評価することができるうえ、原告ら教職員に対しても、都立学校の各校長の職務命令を介して、入学式、卒業式等において君が代斉唱の際に起立して斉唱すること、ピアノ伴奏をするを強制していたものと評価することができ、そうだとすると都教育長の通達等は(旧)教育基本法10条1項所定の「不当な支配」に該当するものとして違法と解するのが相当であり、公共の福祉の観点から許容されている制約とはいいい難いこと、国旗・国歌法も教職員に対し、国旗掲揚および君が代斉唱の義務を課したものと解することはできないこと、また原告ら教職員が国旗に向かって起立することや君が代を斉唱することを拒否したとしても、格別、式典の進行や君が代斉唱を妨害することはないうえ、生徒らに対して君が代斉唱の拒否をことさら煽るおそれがあるとまではいえず、仮に音楽科担当教員がピアノ伴奏を拒否したとしても、他の代替手段も可能と考えられること等からすれば、原告らの拒否行為を制約することは必要かつ最小限度の制約を超えるものであり、各校長が通達に



基づき、国旗に向かって起立し、君が代を斉唱せよとの職務命令を発することには重大かつ明白な瑕疵があること、等がそれである。

その結果判決は、「原告ら教職員は、…違法な本件通達に基づく各校長の職務命令に基づき、上記行為を行う義務を負うことはないものと解するのが相当である。そうすると、被告都教委が、原告ら教職員が本件通達に基づく各校長の職務命令に基づき、入学式、卒業式等の式典において国歌斉唱の際に国旗に向かって起立しないこと、国歌を斉唱しないこと、ピアノ伴奏をしないことを理由として懲戒処分等を行うことは、その裁量権の範囲を超え若しくはその濫用になると認められるから、在職中の原告らが上記行為を行う義務のないことの確認のほかに、被告都教委が上記懲戒処分等をしてはならない旨命ずるのが相当である」とするのである。

この部分のうち、後半の教職員の不起立や君が代斉唱・ピアノ伴奏の拒否によってさしたる実害が生じるわけではないことや、懲戒処分の違法性を説く部分はそれなりに説得力があって、19条に関する判断部分とは別に、その限りでは筆者も同感であり、他の4判決もこの点をもっと意識して判断すべきではなかったかと考える。いい換えると、君が代訴訟を19条訴訟としてのみ捉えずに、学校行政における紀律違反行為について、どのような、あるいはどの程度の処分が妥当かが問題になる事例として捉えることも必要ではないか、従来その視点がやや乏しかったのではないかと考えるのである。

## おわりに

したがって以上の筆者の考察をまとめていえば、学校行事における君が代の斉唱やピアノ伴奏の職務命令の拒否そのものは19条の保障の対象になるとはいい難いが、しかしそうした斉唱や伴奏を命じる職務命令に従わないことが、直ちに懲戒処分を正当化するものではなく、職務命令自体は違憲、違法ではなくても、その違反を理由とする懲戒処分はケースによっては裁量権の逸脱、濫

用、あるいは比例原則違反として違法になることがあるのではないかということである。その意味では、その君が代の斉唱・ピアノ伴奏等の拒否と19条との関係についての考察には基本的に賛成する戒告処分事件最高裁判決や合格取消事件1審判決も含めて、以上にみた5判決はいずれも筆者の考えるところと合致しないが、最近判例集に登載された再雇用採用選考不合格事件判決<sup>(13)</sup>は、こうした筆者の考えと比較的近いので、最後にそれについて簡単にふれておくことにする。

この事件は東京都の教職員であった原告らが、定年後（一部は勸奨退職後）嘱託員（再雇用職員の職名）としての再雇用を希望したところ、卒業式等において国旗に向かって起立をし、君が代を斉唱するよう命じた校長の職務命令に違反したことを理由に不合格とされたことにつき、違憲、違法な職務命令違反を理由に不合格としたのは違法であるとして、東京都に国家賠償法に基づき損害賠償を請求したものである。要するに、先にみた合格取消事件が嘱託員の選考に一旦合格とされながら、職務命令違反を理由にその後合格が取消された事例であるのに対し、本件はそもそも当初の選考で職務命令違反を理由に不合格とされた事例である。このように事案の内容は若干異なるが、基本的な構図は他の事例と共通するため、本件でも、国旗に向かっての起立や斉唱を命じた職務命令と19条、職務命令の基になった都教育長の通達と（旧）教育基本法10条1項にいう「不当な支配」、不合格という判断と裁量権の逸脱、濫用、等の関係が争われているのである。

職務命令が19条に違反するかという最初の問題について判決は先ず、原告らは、戦前の日本の軍国主義やアジア諸国への侵略戦争とこれに加功した日の丸、君が代に対する反省に立ち、平和を志向するという考えや、国民主権、平等主義等の理念から、天皇という特定個人または国家神道の象徴を賛美することに反対するという考えなどを有していることが認められるとする。そして原告らの主張は、本件職務命令が命じる行為はこのような原告らの考えとは根本的に相容れないものであるから、これらの行為を行うことができないという信

念を有しているというものであるとまとめる。

続いて判決は、これらのことを受けて、「原告らのこのような考えは、『日の丸』や『君が代』が過去に我が国において果たした役割に係る原告らの歴史観ないし世界観又は教職員等としての職業経験から生じた信条及びこれに由来する社会生活上の信念といえるものであり、このような考えをもつこと自体は、思想及び良心の自由として保障されていることは明らかである」とのべる。ここでは一見すると、国旗に向かっての起立や国歌の斉唱の拒否の前提になっている基本的な考え方（「信条」と表現されている）のみならず、起立や斉唱をしない、あるいはすることができないとの考え（「信念」と表現されている）も思想、良心とされているようにみえるが、その後の展開をみると思想、良心として扱われているのはもっぱら「信条」であって、「信念」は思想、良心の自由の直接の保障の対象とはされていない。その意味ではこの判決の思想、良心の捉え方は、戒告処分事件最高裁判決と類似しているといえよう（「信念」については、判決は後に、「原告らは、『国歌斉唱をしない』という信念を思想として有しているとも主張するようである。このような考えを持つこと自体が保障されることは明らかであるが、一般的には、このような考えが思想の核心部分とは解されない」としている）。

こうしておいて判決はさらに続けて、「もとより、人の思想や良心は外部行為と密接な関係を有するものであり、思想や良心の核心部分を直接否定するような外部的行為を強制することは、その思想や良心の核心部分を直接否定することにほかならないから、憲法19条が保障する思想及び良心の自由の侵害が問題になるし、そうでない場合でも、思想や良心に対する事実上の影響を最小限にとどめるような配慮を欠き、必要性や合理性もないのに、思想や良心と抵触するような行為を強制するときは、憲法19条違反の問題が生じる余地があるといえるが、これらに該当しない場合には、外部行為が強制されたとしても、憲法19条違反とはならないと解される」という。

こうなると当然次に、職務命令が命じる、国旗に向かっての起立や君が代の

斉唱という行為は上の思想や良心の核心部分を直接否定する外部行為とそうではない外部行為のうちのいずれに該当するかという検討に進むことになるが、この点につき判決は、「本件職務命令は、卒業式等において国歌斉唱時に国旗に向かって起立し、国歌を斉唱することを命じるものであって、原告らに対して、例えば、『日の丸』や『君が代』は国民主権、平和主義に反して天皇という特定個人又は国家神道を賛美するものであるという考えは誤りである旨の発言を強制するなど、直接的に原告らの歴史観ないし世界観又は信条を否定する行為を命じるものではないし、また、卒業式等の儀式の場で行われる式典の進行上行われる出席者全員による起立及び斉唱であることから、前記のような歴史観ないし世界観又は信条と切り離して、不起立、不斉唱という行為には及ばないという選択をすることも可能であると考えられ、一般的には、卒業式等の国歌斉唱時に不起立行為に出ることが、原告らの歴史観ないし世界観又は信条と不可分に結びつくものということとはできない」という。

こうして具体的な例を挙げながら、戒告処分事件最高裁判決同様、本件では、「一般的には」、原告らの思想、良心と君が代斉唱に際しての不起立、不斉唱は不可分に結び付くものということとはできないとするのである。

加えてこれも戒告処分事件最高裁判決同様、「客観的にみて」、「卒業式等の国歌斉唱の際に『日の丸』に向かって起立し、『君が代』を斉唱するという行為は、卒業式等の出席者にとって通常想定され、期待されるものということができ、一般的には、これを行う教職員等が特定の思想を有するということが外部に表明するような行為であると評価することは困難である。校長の職務命令に従ってこのような行為が行われる場合には、これを特定の思想を有することの表明であるとすることは一層困難であるといわざるを得ない」（傍点筆者）という。

ただここで「客観的に」みた場合の評価のなかにも、「一般的には」という表現が用いられていることにはそれになりの意味が込められている。というのは、判決はこうして、「以上によれば、本件職務命令は、原告らの思想及び良

心の核心部分を直接否定するものとは認められない」としつつも、それで終らず、とはいうものの、本件職務命令が命じる行為が原告らの歴史観ないし世界観または信条と緊張関係にあることは確かであり、一般的にはそうではないとしても、原告ら自身は、本件職務命令が原告らの歴史観ないし世界観または信条自体を否定し、思想および良心の核心部分を否定するものであると受け止めて不起立、不斉唱の行動をとったとも考えられるとし、そうだとすると、本件職務命令は、原告らの思想および良心の自由との抵触が生じる余地があるとするからである。

しかし判決は結局、憲法15条2項、地方公務員法30条、同32条、国旗・国歌法、高等学校学習指導要領等の規定や、本件職務命令が卒業式等の儀式を行うに際して発出されたものである等の諸事情を総合すると、本件職務命令には、その目的および内容において合理性、必要性が認められるとし、「以上のとおり、本件職務命令は、その内容において合理性、必要性が認められるのであるから、原告らの前記のような歴史観ないし世界観または信条と緊張関係にあるとしても、あるいは、原告ら自身としては思想及び良心の核心部分を直接否定するものであると受け止めたのだとしても、そのことによってただちに、本件職務命令が原告らの思想及び良心の自由を制約するものである、あるいはその制約は許されないものであるということとはできない」とする。

この後半の展開は那須補足意見を想起させるものがあり、こうしてみると、判決は、戒告処分事件最高裁判決の多数意見に那須補足意見を巧妙に接合したのになっている。筆者は先に戒告処分事件最高裁判決の多数意見の憲法15条2項や地方公務員法30条、同32条、学校教育法等に照らした職務命令の検討の位置が妥当ではないのではないかと疑問を呈したが、本判決はそうした疑問に対する1つの回答にもなっている。ただしある行為が一般的には思想、良心の自由を侵害するものとはみなされないとしても、本人の立場からすれば、思想、良心の自由を侵害するものと受け止められることがあるという形の議論を展開すべきではないと筆者が考えていることも、これまた前述したとおりであ

る。

第2の都教育長の通達やその後の指導が(旧)教育基本法10条1項にいう「不当な支配」に該当するか否かの問題については、結論のみを紹介しておく、それまでの君が代斉唱等の実施状況に照らせば、高等学校学習指導要領に基づく卒業式等を実施するよう改善・充実をはかるという本件通達の目的には合理性があるといえるし、その内容も必要性があったとされ、また本件通達は卒業式等における君が代斉唱および君が代斉唱に関する実施指針のみを定めるものであって、教職員が生徒に対して君が代等に関する歴史的事実等を教えることを禁止するものではなく、君が代等について一方的に一定の理論を生徒に教え込むことを強制するものとも認められないから、その点からも合理性を欠くとはいえないことなどがのべられ、「以上によれば、本件通達は、旧教育基本法10条1項にいう『不当な支配』に該当するとは認められない」と結論されている。

このように判決は2点においては原告らの主張を退けるが、しかし第3の、原告らに対する不合格という措置の妥当性の問題については、一転原告らの主張を認める。

すなわち判決は、再雇用制度が教職員の定年後の雇用を確保するという意義をもつことや、平成12年から14年まで再雇用職員の申込者は全員選考に合格し、その後も圧倒的多数は合格していたこと等を認定したうえで、「原告らの職務命令違反行為は、起立をしなかったことと国歌を斉唱しなかったことだけであって、積極的に式典の進行を妨害する行動に出たり、国歌斉唱を妨げたりするものではなく、現に、原告らの職務違反行為によって、具体的に卒業式等の進行に支障が生じた事実は認められない。そして本件職務命令は、…多数の出席者が集まる卒業式における行為であるという以外には、教育指導に関して教職員に対して発せられる他の職務命令と異なるものではなく、本件職務命令が、他の職務命令と比較して、とりわけ重大なものとはいえないし、これのみで教職員の勤務成績を決定的に左右するような内容のものとも解されない。…

現に、過去においては卒業式等において起立をせず、国歌斉唱をしなかった教職員も嘱託員として採用されていたのであるから、不起立と国歌斉唱をしなかったという行為自体が、その性質上、直ちに嘱託員としての採用を否定すべき程度の非違行為というのは疑問である」とするのである。

そしてさらに原告らの君が代の斉唱等に関する職務命令違反は1ないし2回であって、処分や指導を繰り返し受けたにもかかわらず、同種行為を何度も繰り返したといった事実はないことや、過去に争議行為で2度の停職処分を受けた職員が嘱託員に採用された事例もあったのに、本件の原告らはそれよりも軽い戒告処分や減給処分を受けたにとどまるのに不合格とされたというのは公平さに疑問があり、したがって都教委が本件職務命令の違反のみをもって、原告らの勤務成績を良好でないとした判断は、本件職務命令と卒業式等における不起立、国歌不斉唱という行為を、極端に過大視したものとといわざるを得ないこと、他方原告らは定年または定年近くまで職務を遂行していたものと認められるが、都教委が本件職務命令違反のほかに、原告らの勤務成績に関する事情を総合的に考慮して再雇用の可否を判断した形跡は全くみられないこと等をのべ、結論として、「本件不合格は、従前の再雇用制度における判断と大きく異なるものであり、本件職務命令違反をあまりにも過大視する一方で、原告らの勤務成績に関する他の事情をおよそ考慮した形跡がないのであって、客観的合理性や社会的相当性を著しく欠くものといわざるを得ず、都教委はその裁量を逸脱、濫用したものと認めるが相当である」とのべるのである。

こうして判決は本件職務命令は違憲、違法とはいえないが、本件不合格は、都教委がその裁量を逸脱、濫用したものであり、不法行為であるとするのであるが、筆者にはこの判決がこれまでの君が代訴訟判決のなかでは最も納得のいくものである。

従来の判決は、君が代の斉唱・ピアノ伴奏等の職務命令の合憲性や適法性の判断に重点を置き、また原告側の主張もその点が中心であった。その結果実際に訴訟で争われている職務命令違反を理由とする懲戒処分や再雇用職員選考の

合格の取消しの適法性自体が詰めて論じられ、判断されることはなかった。この問題は原告の主張において付随的に取り上げられる程度であったのである。いわば職務命令が合憲、適法であれば、当然懲戒処分や合格の取消しも適法、逆に職務命令に違憲、違法が認められれば、当然懲戒処分や合格の取消しも違法という図式で処理されがちだったのである。しかし君が代の斉唱等に関する職務命令で命じられた行為は直接生徒と向かい合い、生徒に対して行う教育活動ではなく、儀式的な学校行事における儀礼的行為である。最高裁はそうした厳粛ではあるが、形式的なセレモニーの場における儀礼的行為であるからこそ、その行為の命令はとくに命じられた者の思想、良心を侵すものではないとするのであるが、そうであれば、その命令への不服従もとくに大きな害を生じさせる非違行為ではないということになろう。この程度の非違行為、ふつうは教育への実害を発生させるとは思えない非違行為について、都教委は、職務命令違反の1回目は戒告、2回目および3回目は減給、4回目は停職という基準で懲戒処分を行うこととし、またこうした懲戒処分歴を再雇用職員の選考の決定的な消極的資料としているのであるが、これらのことに、さらに、懲戒処分が昇給延伸や勤勉手当のカット等の給与上の不利益措置とも連動すること等も合せて考慮すれば、このような都教委の対応はきわめて異常に過ぎ、そのこと自体の違法性が、職務命令の合憲性、適法性の問題とは別に、もっと深刻に認識されるべきであろう。

筆者には案外このことが君が代訴訟の最も重要な論点であるように思われるのである<sup>(14)</sup>。

註

(1) 京都地判平成4・11・4判時1438号37頁、大阪高判平成8・1・25判タ909号125頁、最判平成11・1・29判例集未登載。

(2) もっとも刑事事件もないわけではない。筆者が目にした最近の例としては、元教諭が来賓として訪れた以前の勤務校の卒業式において、開式前に保護者らに君が代斉唱時



立しないように呼びかけたなどとして、威力業務妨害罪で起訴され、罰金刑が言い渡された例がある（東京地判平成18・5・30判例集未登載）。なおこのいわゆる都立板橋高校事件1審判決は2審でも維持されている（東京高判平成20・5・29判時2010号47頁）。

(3) 最大判昭和31・7・4民集10巻7号785頁。

(4) 最判平成2・3・6判時1357号144頁。

(5) 最判平成3・2・22判時1393号145頁。

(6) 最判平成7・2・23民集49巻2号393頁。

(7) 最判昭和47・11・30民集26巻9号1746頁。

(8) 最判平成19・2・27民集61巻1号291頁。

(9) 東京地判平成19・6・20判時2001号136頁。

(10) 東京地判平成15・12・3判時1845号135頁。

(11) 東京高判平成16・7・7民集61巻1号457頁。

(12) 東京地判平成18・9・21判時1952号44頁。

(13) 東京地判平成20・2・7判時2007号141頁。

(14) 君が代訴訟については周知のようにかなり多くの文献があるが、筆者の分析視角はそれらのほとんどと異なっているので、本節では文献の引用はしなかった。文献の詳細については参照、渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』(1)」法政研究73巻1号、同「公教育における『君が代』と教師の『思想・良心の自由』」ジュリストNo.1337、浅野博宣「君が代ピアノ伴奏職務命令拒否事件」平成19年度重判解、等。

### Ⅲ－２ 判事補任官拒否訴訟

この事件は司法修習生であった原告が判事補採用願を提出したが、その任官志望が実現しなかった（最高裁の裁判官会議において判事補に任命されるべきもの－判事補候補者－に指名されなかった）ことにつき、①最高裁のこうした任官拒否（むしろ「指名拒否」というべきであろうが、一般には「任官拒否」と称され、判決自身もこの語を用いているので、本節では主としてこの語を用いる）は原告の思想・信条を理由とするものであること、②こうした最高裁による任官拒否の前（＝修習中）に司法研修所の教官から判事補任官志望を断念するよう執拗に勧奨されたこと、③任官拒否の後、最高裁長官と同人事局長のそのことに関する記者会見での発言により、名誉を毀損されたこと、および④本件任官拒否について提起した行政訴訟（＝処分取消訴訟）の手續に違法が

あったことなどを主張して、国家賠償を請求したものであるが、本節ではこれら4つの争点のうち、もっぱら①にしばって判決をみることにしたい。

上の「Ⅲ－1 君が代訴訟」の箇所でもふれているように、憲法19条（以下単に「19条」という）違反が争われた事例は少なくなく、公権力の私人に対する行為の19条適合性が問題になったケースに限っても、現在もなお19条に関するリーディングケースとして常に教科書や判例研究で取り上げられる謝罪広告請求事件をはじめ、ポストノーティス命令事件、勤務長野方式事件、麹町中学校校内申書事件等、興味深い重要な事例がかなりの数存在している。

そのうち前三者では、すでにみたように、裁判所による謝罪広告の掲載命令、労働委員会による陳謝を内容とする文書の掲示命令、県教育長による勤務評定書中への自己観察の結果の表示命令等の公権力による私人に対する作為の命令が、当該私人の思想、良心の自由を侵害するか否かが争われており、したがってこれらのケースは、講学上19条の保障の法的効果として挙げられる、①沈黙の自由、②特定の思想・信条・価値観の強制的禁止、③特定の思想・信条・価値観を理由とした不利取扱いの禁止という3つの効果のうち、①と②に関わるものである。他方最後者の麹町中学校校内申書事件<sup>(15)</sup>は、高校受験に際し、在学中の中学校から進学希望先の高校に提出された内申書に当該生徒の思想・信条を窺わせる行動の記述があり、そのことが原因で不合格となり、進学して教育を受ける機会を妨げられたとするものであるから、③に関わる事例といえよう。

本節の対象である判事補任官拒否訴訟は、思想・信条を理由に判事補任官を拒否された結果、裁判官に就任して活動することができなくなったとするものであるから、基本的には③に関わる事例であり、その点では麹町中学校校内申書事件と性質を同じくするものである。ただこのように共通するところをもちながら、両事件では異なる事情があることも念頭に置く必要がある。

1つは、その享受を希望したにもかかわらず、思想・信条を理由に妨げられたとする利益の内容である。麹町中学校校内申書事件では当然それは高校に進学

して教育を受ける権利＝学習権であるが、この権利は性質上他人と関わり合いをもつことはほとんど考えられない。すなわち学習権は本人が授業を受け、あるいはそれを契機に自ら進んで勉学することによって実現されるものであって、自己完結的である。いい換えると学習権の行使は社会的な広がり、すなわち他人の利害等との関わりをもつものではなく、その行使の如何によって他人にマイナスの影響を与えることは基本的にはないのである。他方判事補任官拒否訴訟において妨げられたとされている利益は裁判官に任官し、活動することであるが、それは学習の場合とは異なり、当然社会的な関わりを強くもち、他人に大きな影響を与えるものである。

この違いが、両事件の第2の違いにつながる。すなわち高校に進学し、学ぶ場合は、本人に特段の資質は求められない。必要なのは精々学ぶ意欲と基礎的な学力である。そしてそれは入学試験によって判断され得るから、それ以外の資料は本来必要ではないことになる。中学時代の行動も、それが当該中学校の教職員および他の生徒の教育・学習活動や安全を損ない、今後ともそのことが繰り返される蓋然性が強いというような特別な事情でもない限り<sup>(16)</sup>、内申書に記載することではないし、仮に記載されていたとしても、合否の判定資料とすべきではないのである。要するに上にのべたように、学習という行為は自己完結的であって、社会との関わりで成り立つものではないから、本人が希望する限り学習の機会は最大限開放されねばならず、それを妨げる行為は原則として違法と判断されることになるのである。したがって筆者は麹町中学校内申書事件における、明らかに本人の思想・信条を推知させるような行動の記述や、それを資料にしたかにみえる合否判定は違憲、違法であると考えるが、判事補任官拒否訴訟の場合は、ことはそれほど簡単ではない。

一般的にも学習の場合と異なり、職業上の地位や活動は他人の利害等と関わり合うことが多いが、とくに裁判官の場合は当然その度合いが強いのである。それは何も勝訴・敗訴、有罪・無罪といった判決の結果が、事件の当事者の人生に大きな影響を及ぼすというだけではなく、裁判官の活動の全過程が事件の

当事者の利害や感情と密接に関わることが多いということである。裁判官はそうした立場にあるわけであるから、仮に判決の結論において事件の当事者の納得や満足を得られなくても、その活動の全過程については一定の評価を得ることができるような力量の持ち主でなければならないことになる。そしてそのためには確かな法的知識をもつことは当然であるが、それとともに柔軟な思考力、広い視野、他人の見解にも耳を傾ける慎重さ等の人格的能力をもつことが何よりも必要であろう。自分をもつ思考や視点とは異なるそれをもつ者が居ることを自覚して事件に臨み、審理の遂行に当たり、判決を書き、また検討するという態度が、結論の如何にかかわらず、事件の当事者の裁判に対する信頼を確保することになるのである。

このように考えると、判事補に任じられることを希望する者に求められる能力は、高校に進学することを希望する者に求められるそれよりも格段に厳しいということになる。その結果前述のように、進学希望者の選考に当たっては学ぶ意欲と基礎的な学力に関する事項以外は内申書に記載されるべきではなく、仮に進学後の指導の参考資料として従来の言動が記載されていたとしても、それは選考の資料とはされるべきではないのに対し、判事補任官志望者の選考に当たっては法曹としての専門的能力以外に、上述のような事情からして、人格的能力に関する資料も必要があると考えられれば、作成され、重要な判断資料とされざるを得ないのである。

筆者はこのように判事補の採用に当たっては、専門的能力とともに人格的能力も当然判断資料にされることになると思うが、こうした説に賛成するか、あるいは賛成するとしても、その必要な人格的能力を具体的にはどのようなものと理解するかによって、本件判事補任官拒否訴訟 1 審判決と 2 審判決に対する評価も異なってくるであろう。

以上を前置きとして、以下 1 審判決<sup>(17)</sup>からみることにするが、先ず事実をいま少しくわしく紹介することにしよう。

原告は平成 3 年 10 月旧司法試験第 2 次試験合格後、平成 4 年 4 月 1 日に最高

裁により第46期司法修習生に任命されたが、この司法修習開始前の社会的言動等として、箕面忠魂碑訴訟の原告補助参加人となり、訴訟や集会・弁護士会議に参加するなどし、沖縄嘉手納基地のいわゆる一坪反戦地主訴訟や即位の礼・大嘗祭違憲訴訟の原告となるなどし、高校時代、朝鮮語学習会や差別問題研究会に所属し、韓国光州事件や障害者問題に関する上映会、文化祭問題、卒業式問題、「日の丸」掲揚反対運動等に取り組むなどし、高校卒業後、教員の処分に反対する運動に取り組んで、訴訟や集会に参加するなどし、反天皇制、反戦・反安保、反核・反原発や空港反対、死刑反対、米韓大統領来日反対等の立場に立ち、その集会・デモ・ハンストに参加するなどし、大学時代、部落解放研究会に所属し、集会・デモに参加するなどし、「性の研究会」や「エホバの証人高校生排除問題を考える会」を友人らと作り、性の罪悪視や教育拒否権の問題について学習会を重ねるなどした経歴があった。

またその後司法修習中には、判決起案等において、複数の教官から実務慣行に従い元号表示を用いるよう再三指導されたにもかかわらず、起案の提出日、起案に記載する事実のみならず、事件番号等についても西暦表示をし、検察実務修習における発問方式の取調修習について違法の疑いがあるとしてこれに関する学習会を行い、最終的には取調修習を拒否するなどし、箕面忠魂碑訴訟最高裁判決を何度か厳しく批判するなどし、当時国会で審議されていたいわゆるPKO法案の徹夜国会傍聴、反対集会・デモ等に参加するなどし、いわゆる従軍慰安婦問題のビデオ上映会や、同問題に関する戦後補償訴訟の代理人である弁護士の講演会を開催するなどし、司法修習生採用選考要領の国籍要件撤廃を求める署名活動を行うなどし、多くの裁判官が安易に圧力に屈することを覚え、妥協することに慣れてしまっているなどと批判するとともに、そうしたことは司法研修所の修習体制や教官の任官の勧誘（「肩たたき」）、あるいは任官志望の断念の説得（「逆肩たたき」）等の不明朗な任官システムに原因するとする文書を配布し、またその趣旨の投稿をするなどの言動や社会的活動等の経歴があった。

原告の主張は、最高裁がその人事局を中心に司法修習生の思想・信条に関し自ら調査し、また警察・法務省等の関係機関に対し情報の提供を求めて調査し、さらには司法研修所裁判官教官に対し司法修習生の思想・信条に関わる日頃の言動や行状等を注意して把握し、逐時報告のうえ指示を仰ぐよう指示するなどした結果、このような原告の思想・信条に関わる情報・評価を入手し、原告が、その思想・信条に照らし判事補として不適格であると評価して、損害を与えたとするものであった。

1 審判決は先ず、憲法80条1項前段や裁判所法40条1項、同43条等によれば、判事補候補者の指名は、司法権の独立を保障する趣旨から、最高裁判所の広範な裁量に委ねられているものと解され、他の国家機関は、特段の事情がない限り、その決定に介入すべきではないし、その当否を軽々に論ずべきではないとする。しかしそのようにいいながら、語を継いで、最高裁判所も憲法に基づいて設置された機関であり、憲法の各種人権規定に拘束されることはもとより当然であるし、憲法上裁判官候補者の採否の決定を委ねられたのも、その裁量権の行使が適正になされとの信頼に基礎づけられているからにほかならないから、判断の基礎とされた重要な事実に誤認があったり、思想・信条を理由とする等憲法上許容し得ない理由に基づく等、その判断が明白に合理性を欠く場合には、裁量権の逸脱ないし濫用であって、違法というべきであると付け加える。

したがってこうした違法な裁量権の行使により判事補候補者として指名されなかった者は、思想・信条等により不合理な差別的取扱いを受けないという法的保護に値する利益が害された者として、国家賠償法1条1項の損害賠償を請求し得るものということになるとされ、1 審判決は本件任官拒否が、思想・信条を理由とし、最高裁判所に認められた裁量権を逸脱ないし濫用したものであるか否かの検討に進むのである。

その際1 審判決は、原告が、本件任官拒否が思想・信条を理由とするものであることを示すものと主張する事実のうち、とくに、①最高裁判所は、司法修

習生採用選考の段階から判事補候補者選考までの間の原告の言動等について調査のうえ、判事補として不適任であると評価したこと、および、②司法研修所の原告のクラスの2名の裁判官教官は、原告が箕面忠魂碑訴訟の補助参加人として参加したこと、判決起案で西暦を使用したこと、検察取調修習を拒否したこと等を理由として任官志望の撤回勧奨を行っているが、同教官らによる裁判官任官志望の司法修習生の人格、成績、言動等に関する評価等は、司法研修所長を通じて最高裁判所に報告されており、判事補の採用に当たって重要な資料とされたこと、の2つが、本件任官拒否が原告の思想・信条や過去の言動等そのものを理由としたものか否かを判断するうえで問題になる事実であるとする(もっとも判決は、被告は最高裁判所が本件任官拒否に当たり、①の事実を調査・認識していたことを争っており、直接の証拠もないが、本件訴訟の経緯等にかんがみ、右事実を前提として以下検討するとしている)。

そして1審判決はこれらの①と②の調査や評価によってなされたとされる本件任官拒否が裁量権の逸脱ないし濫用に当たるか否かを判断する基準に関し、2つのことに言及する。

1つは本件任官拒否を決定した最高裁判所裁判官会議の議長であった最高裁長官がその約1ヶ月後の記者会見で本件任官拒否について質問され、「一般論として、公正中立な立場を持つことは裁判官倫理として要請される。思想・信条を制約されることはないが、政治活動は慎まなければならない」、「政治活動は、外に打って出るといふこと。思想・信条とは違う」とのべたことである。

もう1つは仙台地裁の判事補が、いわゆる「組織的犯罪対策法案」に反対する集会でした発言が、裁判所法52条1号が裁判官について禁止する、「積極的に政治運動をすること」に当たり、同法49条が定める裁判官の職務上の義務違反に該当するとして戒告処分が付されたことにつきなされた即時抗告に対する最高裁大法廷の決定<sup>(18)</sup>で、「裁判官は、独立して中立・公正な立場に立ってその職務を行わなければならないのであるが、外見上も中立・公正を害さないように自律・自制すべきことが要請される。司法に対する国民の信頼は、具体的

な裁判の内容の公正、裁判運営の適正はもとより当然のこととして、外見的にも中立・公正な裁判官の態度によって支えられるからである。したがって、裁判官は、いかなる勢力からも影響を受けることがあってはならず、とりわけ政治的な勢力との間には一線を画さなければならない」とのべられていることである。

つまり1審判決はこれらのことから、「最高裁判所は、『裁判官はその実質において中立・公正であるのみならず、外見上も中立・公正を害さないよう自律・自制すべきこと（公正らしさ）が要請される』との立場に立っており、判事補の採用に当たっても、この点を考慮し、将来（任官後）において、裁判所及び裁判官の公正らしさを害さないか否かを重要な判断の基準としていることは明らかである」と論結し、またこの判断基準は十分合理性があり、違憲・違法ではないとするのである。

こうして1審判決はストレートに①と②の事実は本件任官拒否が思想・信条を理由とすることを示すか否かを判断するのではなく、「公正らしさ」の保持ということが最高裁の判事補の採用基準であるとし、また自らもそのことを妥当と評価したうえで、①と②の事実から原告は「公正らしさ」を欠くと判断されるか否かを先ず検討し、その如何によって最高裁の裁量権の行使が違法であるか否かを決するという方法をとることを明らかにするのである。そして結論として原告は裁判所ならびに裁判官の「公正らしさ」を害するおそれがあると、本件任官拒否を適法とする。

上にのべたように筆者も裁判官となるには専門的能力とともに人格的能力も求められると考えるので、1審判決が専門的能力以外のものも裁判官の採用基準とすること自体は一応妥当であると考え。しかしながら1審判決がこのように、「公正らしさ」をその基準とすることについては、強い疑問を感じざるを得ない。なぜなら、この1審判決のいう「公正らしさ」というのは、その意義が漠然としていて、一体筆者のいう人格的能力のことなのか、あるいは行動の外観の謂なのか、判然としないのである。



すなわちしきりに、「外見上の公正らしさ」という語を用い、また司法研修所の教官は、「原告が、将来（任官後）、裁判所及び裁判官の公正らしさを害する行動をとるおそれがあること等を危惧し、判事補として適任でないと評価していたものと認められる」とのべているところからすると、むしろ行動が偏っていると受け取られるという、行動の外観の意のようであるが、他方では、「右事実によると、原告が判事補に任官した場合、原告に対し、公正らしさを保持する努力を期待することは困難であると考えられ」とか、「最高裁判所は、…、原告の言動等から窺える性向等から、原告には、将来（任官後）、公正らしさを害するおそれがあり、裁判官として適任でないと評価したものであり」とかのべて、「外見上の」とか、「行動」とかいう言葉を使っていない場合もあって、「公正らしさ」がどのような意味で基準とされているのか、不分明な印象を与えるのである。

いい換えると、裁判官となるには専門的能力と人格的能力の2つが必要であるとの視点が明確にもたれないままに論が展開され、「公正らしさ」という曖昧な基準が導き出されていることが、1審判決の第1の問題点ということになる。

この第1の問題点は、第2の問題点、つまり、「公正らしさ」という基準の導き出し方にもつながっている。上にみたように1審判決はこの「公正らしさ」という基準を、最高裁長官の記者会見での発言や最高裁大法廷の決定中の文言から導き出しているのであるが、これらの発言や決定は、そのなかの、「一般論として、公正中立な立場を持つことは裁判官倫理として要請される。思想・信条を制約されることはないが、政治活動は慎まなければならない」との言や、「裁判官は、いかなる勢力からも影響を受けることがあってはならず、とりわけ政治的な勢力との間には一線を画さねばならない」との文言からも明かなように、「裁判官の政治活動」というコンテキストで語られ、のべられたものである。したがってそれらは、裁判官が政治活動を行ったり、政治的な勢力に与する行動に及ぶことを自律・自制すべきであるという意味での公正中立、中

立・公正、あるいは公正らしさを説くものである。1審判決はそれらの表現を「公正らしさ」と一まとめにしたうえで、さらにそれを政治活動というコンテキストから切離し、最高裁の一般的な判事補の採用基準と推認するわけであるが、こうした無理が、「公正らしさ」という基準が人格的能力の意味なのか、行動の外観の意味なのか、分かり難いという第1の問題点を生み出しているのではなかろうか。1審判決はおそらく、最高裁の任官拒否の適法性について判断するには、最高裁自身がその基準を明らかにしていない現状では、最高裁に係る資料のなかからそれを探り出し、判断すべきであるとして、長官の発言や大法廷の決定に依拠したのであるだろうが、そうしたやり方はやはり適切ではなかったものであり、ここはむしろ、裁判官という職業の性質から採用基準と思われるものを自ら導き出し、それを最高裁の基準と推認するという方法をとるべきであったろう。

さらに、「公正らしさ」という基準の上記のような2つの問題点はさて置いても、1審判決にはなお問題点が残っている。1審判決は先にふれた前提となる事実等からすれば、原告は、①最高裁判所が、裁判官には外見上の公正らしさも要請されるとしていることや、判事補の採用に当たり、将来公正らしさを害するおそれがないかを重要な判断基準としていることにきわめて批判的であり、②上記判断基準に従うことを潔しとしない旨をしばしば表明してきたものであって、③文書の配布や投稿によって現在の裁判所のあり方を批判し、④自己の信念を外部に表明して実現することに重きを置いており、外見上の公正らしさを保持することには価値を認めておらず、⑤他の司法修習生、とりわけ任官希望者のなかで際立った存在であったと認められるとし、したがってこうした事実からすれば、「原告が判事補に任官した場合、原告に対し、公正らしさを保持する努力を期待することは困難であると考えられ、最高裁判所の前記判断基準に照らすと、裁判官としての適性に難があると判断されても、相当性を欠くとはいいい難い」という。しかし①や②のように断定する根拠は明らかではない。また現在の裁判所のあり方を批判したり、自己の信念を外部に表明して

実現することに重きを置いていることから、公正らしさを保持する努力を期待することが困難であるとの結論を導き出すのも、必ずしも論理的ではないであろう。ましてや、他の司法修習生、とりわけ任官希望者のなかで際立った存在であったことを、そうした結論の理由とすることについてはなおさらである。

要するに、原告が任官した場合、公正らしさを保持する努力を期待することは困難であるとか、公正らしさを害するおそれがあるとか、あるいは公正らしさを害する行動をとるおそれがある、などと判断する根拠として挙げられているものが、はたして真に根拠となり得るのか、甚だ疑わしいのである。敢えていえば、本来は、これまでの原告の社会的活動等や言動からすれば、任官後も同様のことを繰り返すおそれがあるといったところ、そう明言すると、これまでの社会的活動等や言動を任官拒否の理由とするものであるとの批判を招きかねないとして、こうした一般的ないい方、まとめ方をしたということではないかとの推測すらなされるのである。それほど1審判決の判旨は全体的に曖昧、漠然としていて、説得力に乏しいとの印象を免れない。

こうして筆者は1審判決の結論そのものは支持するが、その行論については強い疑問をもつのである。

こうした1審判決に比べると、2審判決<sup>(19)</sup>はかなり筆者の考えと相通じるものがある。

すなわち2審判決も、「当裁判所も、最高裁判所が内閣に任命を求める判事補としていかなる者を指名するかは、最高裁判所の広範な裁量に委ねられているものと解され、裁判所法所定の欠格事由がない者について欠格事由があるとするなど、判断の基礎とされた重要な事実に誤認がある場合、思想・信条など憲法上許容し得ない理由に基づいて指名をしなかった場合など、その判断が明白に合理性を欠く場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用となり、違法となるものとする」とし、1審判決と同じ立場からスタートするが、その後の展開においては、相当異なるのである。

すなわち2審判決は最高裁判所の裁判官の採用基準を一応探るが、精々その

ことについては、「能力、人格、識見等の総合的判断」といった程度しか明らかにされておらず、それではいささか抽象的にすぎるので、より具体的に検討する必要があるとして、自ら適切な採用基準と思われるものを考案しようとする。

その際には司法制度改革審議会や、最高裁事務総局に設置された裁判官の人事評価のあり方に関する研究会での議論も参考にされるが、2審判決はこうした検討を受けて、結論として、①法律家としての能力・識見が高いこと、②裁判官にふさわしい人格的資質を有していること、の2つが基本的な裁判官に必要な能力・資質、すなわち採用基準であるとする。むろんこうした基準はすべての裁判官に一律のレベルで求められるわけではなく、判事となり、さらには判事として再任されるほどの経験を有する裁判官と、司法修習を終え、判事補の任命を希望する者とは当然求められるレベルの差はあるが、後者の場合も将来的に裁判官に必要な能力・資質を備えるだけの能力・資質を有しているかが問題になると2審判決はする。

こうして2審判決は本件控訴人（原告—以下引用文中以外では「原告」で統一する）が上記の能力・資質を備えていたか否かの検討に進むわけであるが、本件では①の法律家としての能力についてはとくに争われていないので、2審判決の検討はもっぱら②の人格的資質の有無について行われている。筆者はこれまで人格的能力という語を用いてきたが、意図するところは、いうまでもなく、この2審判決のいう人格的資質と同義である。

2審判決はこうした裁判官に必要な人格的資質の具体的内容として、幅広い教養に支えられた視野の広さ、人間性に対する洞察力、社会事象に対する理解力、独立の気概や精神的勇氣、廉直さ、公正さ、寛容さ、勤勉さ、慎重さ、責任感、積極性、等さまざまなものを挙げるが、とくに司法修習を終えた者が裁判官に任命されるに当たっては、謙虚さや向上心をもち、積極的、意欲的に取り組むなど、裁判官にふさわしい人格的資質を形成することが可能な資質を備えていることが必要であると考えられるとする。筆者は繰り返しのべたよう

に、柔軟な思考力、広い視野、他人の見解にも耳を傾ける慎重さといった能力が裁判官には必要であると考えるので、こうした立場からすれば、司法修習を終えて判事補に採用される者もこうした人格的能力をもつ裁判官に成長していく素質をもつ者であること、逆にいえばこうした素質に疑問を抱かれない者であることが必要ということになり、一見すると、謙虚さ、向上心、積極性、意欲などを基準とする2審判決とやや判断のポイントを異にするようにみえるが、2審判決の行論をみると、後に指摘するように、結局筆者の理解とさしたる差異はないので、そのまま2審判決の展開を追うことにしよう。

2審判決は、原告が前述のような裁判官にふさわしい人格的資質を形成することが可能な資質を備えているか否かの検討に当たって、とくに原告の判決起案等における西暦の使用をくわしく論じる。すなわち前述のように原告は、司法修習中複数の教官から実務慣行に従い元号表示を用いるよう再三指導されたにもかかわらず、判決起案において、起案の提出日や起案に記載する事実のみならず、事件番号等についても西暦表示をするなどしているのであるが、2審判決は先ず、元号を使用している現在の裁判所の慣行にはとくに問題はないとし、さらに、裁判所は事件の種別毎に、最高裁判所が定めた元号を用いる各「事件記録符号規定」に基づき、毎年1月から12月まで受付順に一連の番号を付し、事件の特定をしているのであるから、原告が事件番号についても西暦を使用していることは、明らかな誤りであるとする。

このことを受けて2審判決は、こうして原告は、西暦使用を直すべきであったにもかかわらず、実際にはそうはしなかったのであるから、そのことから原告の自己の考え方に固執し、柔軟性に欠ける性格・人柄を窺い知ることができると論結する。

そして2審判決はこうしたことからすれば、「司法研修所教官は、控訴人が自己の意見に固執し、指導に従わない点が顕著であることからすると、裁判官になった場合、当事者の意見に耳を傾けることをせず、自己の意見を押しつけることになりかねないことなどを危惧し、控訴人が裁判官にふさわしくないと

の判断をし、控訴人に裁判官志望を撤回するよう助言あるいは指導をしたが、控訴人がそれを受け入れなかったため、控訴人が裁判官にふさわしくない旨を記載した資料を司法修習所長に提出し…、それが重要な資料となって、最高裁判所において控訴人が判事補に指名されなかったものと考えることができる」とするのである。

もっとも2審判決は、当時最高裁判所裁判官会議においては、指名の採否の理由を議決することはしていなかったから、厳密には原告を判事補に指名しなかった最高裁判所の理由は不明というほかなく、この認定した理由は個々の最高裁判所裁判官が理由としたところを推認したものであると断っているが、ともあれ、2審判決は、原告が判事補に指名されなかった理由は、この西暦使用から窺われる自己の考えに固執する性格や人柄ともいうべき人格的資質であって、その思想・信条や過去の活動等を理由としたものではないことは認定の事実関係から明らかであるとするのである。

なお2審判決は裁判官となるにふさわしい人格的資質として、別に、司法制度改革審議会の中間報告を引用して、「訴訟の当事者の話に熱心に耳を傾け」、「人の意見をよく聴き」、誤りを指摘された場合は、それを受け入れて正していく姿勢をもつことも挙げているが、こうした2審判決がいくつかの箇所でのべている資質を総合してみると、2審判決も柔軟な思考力、広い視野、他人の見解に耳を傾ける慎重さといった、筆者が考える裁判官に必要な人格的能力とほぼ同様のものを裁判官になるにふさわしい人格的資質と考えているようにみえる。そして筆者も本件原告が任官志望時こうした人格的能力、あるいは人格的資質を充分には備えていなかったのではないかと判断するので、本件任官拒否には裁量権の逸脱や濫用は認められないとの2審判決の結論にも賛成である。

また2審判決は1審判決が、「公正さ」あるいは「公正らしさ」を裁判官の主たる採用基準とし、原告にそれを保持する努力を期待することは困難であると考えられるから、本件任官拒否は裁量権の逸脱あるいは濫用に当たらないとしたことについて、「公正さ」あるいは「公正らしさ」というのは裁判官に必

要なものではあるが、そのみが重要な採用基準であるということはできず、認定の事実関係からしても、公正らしさを害することが、原告が判事補に指名されなかった主たる理由と認めることはできないとしているが、前述のように筆者も1審判決のような採用基準の設定やその適用には疑問をもっているので、こうした2審判決の1審判決批判にも同意する。

ただ2審判決がもつばら西暦の使用を根拠に、原告が裁判官にふさわしい人格的能力ないし人格的資質を備えていないと判断したことは、適切さを欠くように思われる。一定の年齢（世代）以下のひとのなかには原告同様元号の使用を忌避し、西暦を使用しようとする意思が強いひとがかなりあり、西暦の使用自体は、あるいはそれのみでは、とくに問題となる人格的資質の持ち主との判断につながらないのではないかと思われるのである。またそれのみであれば、任官後実務慣行に合せて行動するよう指導し、是正させることも可能だったのではないかと考えられる。

付度するに2審判決も原告の他の行動や言動等からそのように結論すると、原告の思想・信条やそれに関わる過去の活動等を理由に任官拒否を容認したとの批判を招きかねない懸念して、そうした批判を受けるおそれが比較的少なそうにみえる西暦の使用に敢えて根拠を特化したのではないかとと思われるが、やはり対象は原告の西暦使用に限らない多くの言動や活動等から窺われる人格的資質であり、そのことをもっと率直に真正面に据えるべきではなかったかと考えるのである。

というのは先にもみたように修習前および修習中の原告の社会的活動等や言動は実に多岐に亘っている。繰り返しになるが、主なものだけみても、箕面忠魂碑訴訟の補助参加人、沖縄嘉手納基地の一坪反戦地主訴訟の原告、「日の丸」掲揚反対運動、教員処分反対運動、反天皇制、反戦・反安保、反核・反原発、空港反対、死刑反対等の立場からの集会、デモ、ハNST等への参加、「性の研究会」や「エホバの証人高校生排除問題を考える会」の結成と学習会の開催、検察教官が講義中になした「街のダニ」等の暴力団批判の表現の批判、取調修

習についての学習会の開催等の批判と拒否、PKO法案に対する徹夜国会傍聴、反対集会、デモへの参加等の反対活動、いわゆる従軍慰安婦問題についてのビデオ上映会や講演会の開催、箕面忠魂碑訴訟最高裁判決に対する辛辣な風刺と裁判官の現状や任官システムに関する批判、等、実におびただしい数の社会的活動等や言動がみられるのである。

もちろん1審判決や2審判決もいうように、修習前あるいは修習中のこれらの社会的活動や言動自体は何ら問題にされるべきではない。それは当然当人の思想・信条あるいは表現の自由に属するものと理解されるべきである。しかし上記の問題の多くはきわめて重く深刻な問題であり、それだけにふつうに考えれば、長い思想的営為や研鑽、あるいは調査研究を経てようやく自らのview point やstand point を確立し、実践行動に移ることができるといった類の問題ではなかろうか。しかし原告は短い期間に次々とこれらの問題に取掛り、しかも実践行動に移っているのである。その方向もはっきりしていて、上記のような問題を抑圧的な価値観や社会システム、権力、支配、差別等の問題として捉え、それに対抗しようとしている。

筆者にはそうした生き方がいささか性急で、また、慎重さや柔軟さに問題が残るように映るのである。むろんだからといって、そのこと自体は原告の問題であり、またおそらくそれなりの研鑽も積まれているのであろう。ただこういう原告が判事補の指名を希望した場合、上にのべたように判断されて、その他の原告のような連続的な社会的活動や言動の経歴のない修習生に比べて裁判官としての適性に疑問をもたれることは、やむを得ないのではなかろうか。裁判の対象となる事件は多かれ少なかれ、複雑な事情が絡み合っており、また込み入った人間関係や人間心理も関わっている。したがって裁判官は自らの任務が一刀両断的な明快な解決がはかられるようなものではなく、深く考え、慎重に事件に対処すべきものであることを自覚すべきである。筆者が繰り返し裁判官に必要な人格的能力として、柔軟な思考力、広い視野、他人の見解にも耳を傾ける慎重さを挙げているのは、そのようなコンテキストにおいてであるが、そ



という視点からすると、原告の修習前および修習中の活動からは、そうした裁判官として必要な人格的能力ないし資質にいささか欠けるところがあるのではないかと思わせるところがあるのである。

むろん修習前および修習中の上記のような原告の活動のすべてを最高裁判所が把握していたわけではないであろうが、そのかなりの部分は司法研修所で、あるいはその教官の前で行われ、あるいはまた原告が自ら明らかにしていたのであり、そうして得た情報を総合して最高裁判所が任官拒否をしたことも、やむを得ない判断として了解されよう。ただ再度いえば、2審判決が強調している西暦の使用はあくまでも任官拒否という判断の一材料であって、唯一の、あるいは主たる根拠ではないと解すべきである。西暦の使用のみを根拠にすることは、むしろ牽強附会のそしりを免れないとさえいえるであろう。

なお本件は上告および上告受理の申立がなされたが、最高裁第三小法廷は、上告については、上告理由は違憲および理由の不備・食違いをいうが、その実質は事実誤認もしくは単なる法令違反をいうもの、またはその前提を欠くものであって、明らかに民訴法312条1項または2項に規定する上告事由に該当しないとし、また上告受理申立についても、本件申立の理由によれば、本件は民訴法318条1項により受理すべきものとは認められないとして、それぞれについて、棄却、および不受理の決定をした<sup>(20)</sup>。

註

- (15) 東京地判昭和54・3・28判時921号18頁、東京高判昭和57・5・19判時1041号24頁、最判昭和63・7・15判時1287号65頁。
- (16) 麹町中学校内申書事件1審判決も、当該学校の正常な運営もしくはその教育環境が破壊されるおそれがあるなど、学校側の教育の場としての使命を保持するための利益が侵害されるおそれがある場合は格別、そうでない限り、生徒の言論、表現行為を内申書における評価の際のマイナスの理由とすることは許されないとしている。
- (17) 大阪地判平成12・5・26判時1736号77頁。
- (18) 最大決平成10・12・1民集52巻9号1761頁。

近年の人権判例(3)

- (19) 大阪高判平成15・10・10判タ1159号158頁。
- (20) 最判平成17・6・7判例集未登載。